



ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ

**ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DES SÛRETÉS
RÉELLES**

Plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 30 novembre 2020 par

Charlie Lledo

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

Membres du jury

Monsieur Jean-Jacques Ansault
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Charles Gijbers
Professeur à l'Université Rouen-Normandie

Monsieur Maxime Julienne
Professeur à l'Université Paris-Saclay

Madame Françoise Pérochon
Professeur à l'Université de Montpellier

Avertissement

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

Remerciements

À mes parents

*À mes amis,
avec une pensée particulière pour
Bertrand et Noëla, qui ont contribué de près à
l'évolution de ce travail*

*Au professeur Philippe Théry,
pour sa disponibilité et sa bienveillance constante,
et pour m'avoir aidé à guider ma pensée sans
jamais vouloir diriger ma plume*

*Aux professeurs Jean-Jacques Ansault, Charles
Gijsbers, Maxime Julienne et Françoise Pérochon,
pour avoir accepté de participer à la
soutenance de cette thèse*

Principales abréviations

<i>adde</i> :	Ajouter
AEDBF :	Association Européenne pour le droit bancaire et financier
AGS :	Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés
<i>AJ</i> :	<i>Actualités jurisprudentielles</i>
al. :	Alinéa
anc. :	Ancien
<i>APD</i> :	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art. :	Article
Ass. plén. :	Arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
AUPC :	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA
AUS :	Acte uniforme portant organisation des sûretés en droit OHADA
<i>BJS</i> :	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
BODACC :	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
<i>Bull.</i> :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<i>Bull. AP</i> :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière
<i>Bull. mixte</i> :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre mixte
<i>Bull. Joly</i> :	<i>Bulletin Joly</i>
<i>BJE</i> :	<i>Bulletin Joly des entreprises en difficulté</i>
C. ass. :	Code des assurances
C. cinéma :	Code du cinéma et de l'image animée
C. civ. :	Code civil
C. c. Q. :	Code civil du Québec
C. com. :	Code de commerce
C. conso. :	Code de la consommation
C. pén. :	Code pénal
C. rural :	Code rural et de la pêche maritime
C. trav. :	Code du travail
CA :	Cour d'appel
<i>Cah. dr. ent.</i> :	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CCH :	Code de la construction et de l'habitation
CEDH :	Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales
chron. :	chronique
Civ. :	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile)
CMF :	Code monétaire et financier
CNUDCI :	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
coll. :	collection
Com. :	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre commerciale)
comm. :	commentaires
<i>comp.</i> :	comparer

<i>contra</i> :	en sens contraire
CPC :	Code de procédure civile
CPCE :	Code des procédures civiles d'exécution
CPI :	Code de la propriété intellectuelle
<i>D.</i> :	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DP.</i> :	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Defrénois</i> :	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>DH</i> :	<i>Dalloz Hebdomadaire</i>
<i>dir.</i> :	sous la direction de
<i>DMF</i> :	<i>Droit Maritime Français</i>
<i>doctr.</i> :	doctrine
<i>Dr. et Patr.</i> :	<i>Droit et Patrimoine</i>
<i>Dr. soc.</i> :	<i>Droit social</i>
<i>éd.</i> :	édition
<i>etc.</i> :	<i>et caetera</i>
<i>Fasc.</i> :	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i> :	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GAJC</i> :	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>HLR</i> :	<i>Harvard Law Review</i>
<i>ibid.</i> :	<i>ibidem</i> , au même endroit
<i>in</i> :	dans
<i>infra</i> :	ci-dessous
<i>IR</i> :	<i>Informations rapides</i>
<i>J.-Cl.</i> :	<i>Jurisclasseur</i>
<i>JCP</i> :	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)</i>
<i>JCP G</i> :	<i>Jurisclasseur périodique, édition générale</i>
<i>JCP E</i> :	<i>Jurisclasseur périodique, édition entreprise</i>
<i>JCP N</i> :	<i>Jurisclasseur périodique, édition notariale</i>
<i>JOAN</i> :	<i>Journal Officiel - Débats de l'Assemblée Nationale</i>
<i>JORF</i> :	<i>Journal Officiel de la République Française</i>
<i>Journ. Soc.</i> :	<i>Journal des sociétés</i>
<i>J. T.</i> :	<i>Journal des Tribunaux</i> (Revue de droit belge)
<i>LGDJ</i> :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i> :	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>n.</i> :	note
<i>n°</i> :	numéro
<i>n° spé.</i> :	numéro spécial
<i>not.</i> :	notamment
<i>NRHD</i> :	<i>Nouvelle revue historique de droit français et étranger</i>
<i>obs.</i> :	observations
<i>OHADA</i> :	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
<i>op. cit.</i> :	<i>opere citato</i> – dans l'ouvrage cité
<i>p.</i> :	page
<i>pan.</i> :	panorama
<i>par ex.</i> :	par exemple

<i>Pas.</i> :	Pasicrisie belge (recueil général de jurisprudence de la Cour de cassation belge)
pp. :	pages
<i>préc.</i> :	précité
préf. :	préface
PUAM :	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF :	Presses Universitaire de France
rappr. :	rapprocher
<i>R. du N.</i> :	<i>Revue du notariat</i> (droit québécois)
<i>RCDIP</i> :	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RCJB</i> :	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
<i>RDA</i> :	<i>Revue de droit d'Assas</i>
<i>RDBB</i> :	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
<i>RDBF</i> :	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i> :	<i>Revue des Contrats</i>
<i>RDI</i> :	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDUS</i> :	<i>Revue de droit de l'Université de Sherbrooke</i> (droit québécois)
rééd. :	réédition
<i>Rép. civ.</i> :	<i>Répertoire civil Dalloz</i>
<i>Rép. com.</i> :	<i>Répertoire commercial Dalloz</i>
<i>RFDL</i> :	<i>Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège</i> (Revue de droit belge)
<i>RHDFE</i> :	<i>Revue Historique de droit français et étranger</i>
<i>RIDC</i> :	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJDA</i> :	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>Rep. Civ.</i> :	<i>Répertoire de droit civil Dalloz</i>
Req. :	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre des requêtes)
<i>Rev. crit. de jurisp.</i> :	<i>Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle</i>
<i>RCLJ</i> :	<i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>
<i>RPC</i> :	<i>Revue des procédures collectives civiles et commerciales</i>
<i>RJ Com.</i> :	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RLDA</i> :	<i>Revue Lamy Droit des Affaires</i>
<i>RLDC</i> :	<i>Revue Lamy Droit Civil</i>
<i>RRJ</i> :	<i>Revue de la recherche juridique - droit prospectif</i>
<i>RSC</i> :	<i>Revue de Sciences Criminelles</i>
<i>RTD civ.</i> :	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i> :	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>S.</i> :	<i>Recueil Sirey</i>
s. :	suivants
SDER :	Service de documentation, des études et du rapport (de la Cour de cassation)
Soc. :	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre sociale)
somm. :	sommaires, sommaires commentés
spé. :	spécialement
<i>supra</i> :	ci-dessus

t. :	tome
T. Com. :	tribunal de commerce
th. :	thèse
th. dactylo. :	thèse dactylographiée
TLFI :	Trésor de la Langue Française informatisé
UCC :	<i>Uniform Commercial Code</i>
USC :	<i>United States Code</i>
v. :	voir
vol. :	volume

Sommaire

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

PREMIÈRE PARTIE ***LE CONCEPT DE SÛRETÉ RÉELLE***

TITRE PREMIER ***PRÉFÉRENCE ET EXCLUSIVITÉ***

Chapitre 1 : *Le rapprochement partiel de la préférence et de l'exclusivité*

Chapitre 2 : *Le nantissement de créance, entre sûreté préférentielle et sûreté exclusive*

TITRE SECOND ***SÛRETÉS RÉELLES ET SÛRETÉS PERSONNELLES***

Chapitre 1 : *Le rapprochement considérable des sûretés réelles et personnelles*

Chapitre 2 : *Le cautionnement réel, entre sûreté réelle et sûreté personnelle*

SECONDE PARTIE ***LES RÉGIMES DES SÛRETÉS RÉELLES***

TITRE PREMIER ***L'ÉTABLISSEMENT DU DROIT COMMUN DES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES***

Chapitre 1 : *La synthèse du droit commun hors procédures collectives*

Chapitre 2 : *La création du droit commun dans les procédures collectives*

TITRE SECOND ***LA RATIONALISATION DU DROIT SPÉCIAL DES SÛRETÉS***

Chapitre 1 : *Rationalisation du droit spécial des sûretés mobilières conventionnelles*

Chapitre 2 : *Rationalisation du droit spécial des privilèges*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Un droit en perpétuel mouvement. Autrefois semblable à un « *long fleuve tranquille* »¹, le droit des sûretés s'est transformé en torrent impétueux sous l'impulsion d'un législateur au discours particulièrement prolixe. Depuis le début du siècle, les textes modifiant la matière à titre principal ou accessoire se succèdent à une cadence infernale. Qu'on en juge : après les deux grandes réformes des procédures collectives et des sûretés réalisées par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, est venue l'introduction de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, suivie de quatre autres textes la rendant apte à assurer une fonction de sûreté², puis de nombreuses retouches du droit des procédures collectives, dont l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, texte d'une importance capitale par l'équilibre instauré entre fiducie et procédures collectives³ et, enfin, depuis 2010, viennent quelques textes corrigeant le droit positif sur certains points sans revoir les grands principes régissant la matière, ce qui peut aller de l'institution d'un nouveau privilège en faveur des producteurs agricoles – loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle – à la mise en place d'un régime efficace de l'agent des sûretés – loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, suivie de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés – en passant par l'autorisation délivrée aux parties d'exercer une option entre gage du Code civil et gage de stocks du Code de commerce – ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks.

¹ P. Crocq, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, n° 1, p. 317. Rapp. L. Aynès, « Synthèse », in *L'actualité du droit des sûretés*, LPA 17 juin 1998, p. 78 et s., affirmant l'importance de « *revigorer un droit qui, centré sur l'hypothèque, le nantissement, et le cautionnement, était peut être entré en sommeil* », ou encore « Un droit en pleine évolution », *Dr. et Patr.* juill. 2002 : « *le droit des sûretés, depuis une trentaine d'années, est sorti d'une espèce de torpeur dans laquelle il sommeillait depuis longtemps* ».

² Il s'agit de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie et, enfin, de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. Pour une critique ancienne de cette manière de légiférer, v. R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977. chron. V, n° 16, p. 48.

³ On a ainsi pu affirmer que le traitement de la fiducie-sûreté en procédure collective retenu par ce texte dégageait « *une impression d'équilibre, inconnu – et peut-être inespéré – en la matière depuis au moins vingt-cinq ans* », v. A. Aynès, « Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, n° 3, p. 63.

2. Le souffle vient à manquer à qui essaierait de lire cette énumération à voix haute... Et ce n'est pas tout ! A l'heure où ces lignes sont écrites, une nouvelle réforme du droit des sûretés se profile à l'horizon, l'article 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite « loi PACTE », ayant habilité le gouvernement à « *simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants* », ce qui s'est traduit par la proposition d'un avant-projet de réforme par l'Association Henri Capitant¹, reprenant et approfondissant le travail de la première Commission Grimaldi. Par ailleurs, la transposition de la directive UE 2019/1023 du Parlement Européen et du Conseil du 20 juin 2019 « *relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes* » annonce quelques changements majeurs du droit des procédures collectives, qui ne manqueront pas de retentir vigoureusement sur le droit des sûretés. Tel Sisyphe poussant inlassablement son rocher jusqu'au sommet de la colline avant de le voir retomber dans la plaine, tel Pénélope défaisant la nuit la tapisserie qu'elle a tissé le jour, le législateur ne semble jamais pouvoir parvenir au bout de sa tâche². Mais quelle est-elle, au juste ? Et pourquoi entourer le droit des sûretés de toutes ces attentions ?

3. **Sûreté et sécurité.** Un bref détour par l'étymologie aide à comprendre les motifs qui animent l'action du législateur. « Sûreté » est un lointain descendant du latin *securitas*, composé du préfixe « *se-* », indiquant une séparation et du mot « *cura* », pouvant signifier « souci »³. La *securitas* est donc l'état de celui qui est tranquille, loin des soucis, certain qu'aucun danger ne saurait le troubler. Le mot connaît un succès indéniable dans le langage courant⁴ : l'épingle de sûreté protège du risque de blessure grâce au petit capuchon enveloppant sa pointe, tout comme

¹ Sur lequel, v. not. M. Grimaldi, D. Mazeaud et Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017. 1717.

² Et ce d'autant plus que les réformes du droit des sûretés et celles affectant le droit des procédures collectives sont rarement articulées... chaque modification du droit des sûretés devant alors entraîner des changements, prévus par un autre texte, au sein du Livre VI du Code de commerce. Voilà une des raisons qui ont poussé M. Legeais à qualifier le travail réalisé par la première Commission Grimaldi, en 2005, de « *symphonie inachevée* » (*RDBF* mai 2005, dossier 1, n° 8).

³ D'après le dictionnaire Gaffiot latin-français, librement accessible à l'adresse <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>.

⁴ Et même chez le fabuliste : La Fontaine racontait ainsi, dans « Le loup, la chèvre et le chevreau », l'histoire d'une chèvre défendant à son petit d'ouvrir la porte à quiconque serait incapable de répéter le mot de passe (« *Foin du loup !* ») et de montrer patte blanche. Le loup, ayant entendu le mot de passe par hasard, a toutefois échoué à déjouer la vigilance du chevreau, faute de pouvoir satisfaire à la deuxième condition. Et l'auteur de conclure ainsi que « *Deux sûretés valent mieux qu'une ; et le trop en cela ne fut jamais perdu* » (*Fables*, Gallimard, coll. Folio classique, 1991, p. 141).

l'allumette de sûreté écarte le risque de combustion non désirée car elle nécessite un grattoir spécial. Le langage juridique n'est évidemment pas en reste. L'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen inclut ainsi la sûreté dans les « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* ». Il faut alors l'entendre comme une protection des citoyens contre les arrestations et emprisonnements arbitraires, sur le modèle de l'*habeas corpus* britannique, étendue depuis peu à la sécurité juridique. L'idée générale est alors d'assurer à tous les Français que leur situation ne peut être brutalement remise en cause par les agissements du Pouvoir¹. Par ailleurs, l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, énumérant les composantes de l'ordre public que le maire doit faire respecter en usant de ses pouvoirs de police administrative, mentionne notamment la sûreté et la sécurité publiques². A la lecture des exemples listés par ce texte, on comprend que la sûreté dont il est question ici n'est autre que la mise en place de mesures de nature à éviter que les passants ne se blessent en déambulant dans les rues de la ville³.

4. C'est toutefois avec le droit pénal que le droit des sûretés présente les points communs les plus saillants : il a été remarqué à plusieurs reprises que les mesures de sûreté du droit pénal, visant à isoler un individu jugé particulièrement dangereux pour la société, peuvent faire l'objet d'une analogie avec les véritables sûretés qui seules concernent le droit du crédit⁴. Le parallèle

¹ V. P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », *RFDA* 2011. 1085 : « Dans la conception de 1789, la sûreté est pour la personne l'équivalent de ce qu'est la propriété pour les biens : elle est la propriété de la personne sur elle-même, dont elle ne peut être privée que dans certaines conditions déterminées par la loi, comme elle ne peut être privée de ses biens également que dans les conditions déterminées par la loi [...] Si l'on essaie de ramasser en une formule la conception de la sûreté, en tant que celle-ci se rapporte à la personne de l'homme, la sûreté est un état dans lequel l'homme est assuré de la possession et de la protection de soi. Elle est de l'essence de l'homme. C'est la sauvegarde de soi » ; F. Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* déc. 2001.

² On pourrait sans doute distinguer les deux termes en fonction du public visé : la « sûreté » concerne la sécurité d'une personne ou d'un lieu, expressément désigné, alors que la « sécurité » comporte certainement une dimension collective, s'adressant à un public indéfini. Cependant, cette distinction ne paraît pas suffisamment importante pour que l'on y consacre des développements plus considérables, s'agissant dans tous les cas de prendre des mesures afin de prévenir le public visé d'un danger à venir, v. M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté*, th. Paris II, 2016, n° 9, p. 31 et s., ou encore P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », art. précité : « Le pluriel même des personnes et des biens indique qu'ils ne sont pas considérés chacun individuellement, en tant que données autonomes, en soi, mais dans la multiplicité de leur existence et de leur situation [...] La sécurité est par nature collective [...] La sûreté appartient en propre à chacun, la sécurité est la situation de tous ».

³ L'article cite ainsi, au titre de « la sûreté [...] du passage dans les rues, quais, places et voies publiques », « la démolition ou la réparation des édifices et monuments funéraires menaçant ruine, l'interdiction de ne rien exposer aux fenêtres ou autres parties des édifices qui puisse nuire par sa chute ou celle de rien jeter qui puisse endommager [sic] les passants ».

⁴ M. Brenaut, th. précitée, n° 241 et s., p. 266 et s. ; P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », art. précité : « Dans un sens familier, on dirait qu'on met par ces dispositifs [les mesures de sûreté] une personne « à l'abri ». En réalité, ce n'est pas elle qui est abritée, c'est la société contre les menaces que cette personne présente pour elle : la mise « en sûreté » est une garantie qu'elle ne les réalisera pas ; elle est une protection de la société. A cet égard, il s'agit d'une sûreté collective, en ce que c'est la collectivité qui est protégée par une solution de sûreté dont fait l'objet l'intéressé. Le sens se rapproche de celui du droit civil, utilisé pour désigner une garantie de l'exécution d'une obligation. Ici, c'est la garantie de l'absence d'agression ».

n'est pas absurde : tout comme la société exerce son emprise sur le corps de l'individu dangereux *via* la mesure de sûreté, afin de l'empêcher de commettre un acte pénalement répréhensible, le créancier exerce son emprise sur une portion du patrimoine de son débiteur, *via* la sûreté – garantie de paiement –, afin d'être en mesure de prévenir les conséquences de sa défaillance. Le débiteur dont la solvabilité n'est pas irréprochable peut ainsi être assimilé à une personne « dangereuse » sous l'angle de sa défaillance potentielle, pouvant causer une perte pécuniaire importante à son créancier. Il n'en demeure pas moins que les mesures de sûreté et les sûretés *stricto sensu* ne développent pas leurs effets dans la même matière : les premières visent à assurer la tranquillité d'esprit des citoyens, rassurés à l'idée que les individus les plus dangereux sont coupés du reste de la société, alors que les secondes visent à affermir les chances de paiement des créanciers en cas de défaillance du débiteur, dans le but de les pousser à octroyer davantage de crédit.

5. Sûretés et crédit. A une époque où « *la sécurité [...] a les dimensions d'une aspiration collective* »¹, l'omniprésence des sûretés, garanties de paiement, ne saurait surprendre. La sûreté est indispensable dans l'optique du bon fonctionnement de l'économie. En effet, celle-ci repose sur le crédit, qui se décompose en deux éléments : la confiance et le temps². Les sûretés ont donc pour rôle de rassurer les créanciers d'obligations monétaires à terme³ afin de les pousser à accorder des délais de paiement à leurs débiteurs qui sont incapables de payer comptant les biens achetés ou les services fournis. Le débiteur qui donne une sûreté à son créancier cherche ainsi à le faire parvenir à un niveau de confiance suffisant quant à ses chances de remboursement afin qu'il octroie en contrepartie un délai de paiement. C'est la raison pour

¹ P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966. 185, p. 196.

² C. Beudant, *Cours de droit civil français*, T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, Rousseau et C^{ie}, 2^e éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, 1948, n^o 51, p. 59 : « *Le mot crédit, au sens étymologique et en même temps économique, signifie confiance (credere). De la part du débiteur, avoir du crédit signifie inspirer confiance et, par suite, être en situation d'obtenir aisément des délais pour payer ses dettes. Trouver facilement à emprunter les capitaux dont on a besoin avec faculté de ne les rembourser que plus tard, obtenir facilement un délai pour régler le prix d'achat de marchandises dont on prend possession tout de suite, c'est avoir du crédit. De la part du créancier, faire crédit veut dire avoir confiance et, par suite, être disposé à accorder au débiteur la faculté de différer le paiement de la dette. Prêter ses capitaux à échéance plus ou moins éloignée, accorder un terme pour le paiement du prix de vente de marchandises qu'on livre tout de suite, c'est faire crédit. L'ajournement de l'exécution des obligations, le terme en un mot, voilà donc la forme et en quelque sorte l'essence du crédit.* »

³ On peut certainement utiliser des sûretés pour renforcer la position des créanciers d'obligations non monétaires, mais la situation est alors différente. Si la mise en œuvre de la sûreté garantissant le paiement d'une obligation monétaire permet de parvenir à la satisfaction, au moins partielle, du créancier, une sûreté garantissant l'exécution d'une obligation non monétaire ne permet pas d'obtenir la prestation attendue du débiteur : dans le meilleur des cas, elle permet de s'assurer du paiement des dommages et intérêts résultant de l'inexécution, ce qui n'est pas la même chose (v. C. Juillet, « Risques et sûretés », in L. Nurit-Pontier et S. Rousseau (dir.), *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012, p. 310 et s.).

laquelle les sûretés ont pu être mal vues, et stigmatisées comme des sources d'endettement du débiteur¹. Il n'en est rien : les sûretés favorisent évidemment l'endettement, comme nous venons de l'indiquer, mais n'en sont pas à l'origine. L'on comprend alors l'empressement du législateur à réformer sans cesse le droit des sûretés : sans sûretés, pas de crédit², et sans crédit, pas d'économie. Si l'endettement a jadis pu être considéré comme un état honteux, il n'en va plus de même aujourd'hui³. Le surendettement est désormais considéré comme inéluctable pour une grande partie de la population, cédant aux sirènes de l'économie de marché⁴. Les pouvoirs publics incitent constamment les citoyens à consommer, peu importe le montant de leurs revenus, ce qui devient, dans la bouche de certains responsables politiques, un acte patriotique⁵, et jette corrélativement l'opprobre sur les épargnants, auteurs d'un geste antisocial. Le système a pu connaître des ratés par le passé, comme en témoigne la crise des *subprimes*⁶, mais il n'en

¹ Ces critiques ont été largement désamorçées par M. Dupichot dans sa thèse de doctorat, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003, n° 570 et s., p. 444 et s.

² Rappr. J. Brèthe de la Gressaye, « Le droit du crédit », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 115 et s., militant en faveur de la rédaction d'un Traité de droit du crédit dont la seconde partie concernerait exclusivement les sûretés.

³ V., par ex., G. Farjat, « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », in P. Kahn (dir.), *Droit et monnaie : Etats et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 112 : « *Même dans les rapports individuels, notre économie est une économie de dettes !* » ; S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 316, 1999, n° 1, p. 1 : « *De nos jours, l'habitude a été prise, en économie mais aussi en politique, de vivre à crédit, c'est-à-dire de promesses et de paris sur l'avenir* ».

⁴ L'on se référera à l'article fondateur de B. Oppetit, « L'endettement et le droit », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 300-301 et p. 307 : « *certaines économistes considèrent que l'économie de marché serait, par nature, une économie d'endettement [...] on attend désormais davantage de l'ingénierie financière et du crédit que de la production, du travail et de l'épargne, avec évidemment tous les risques inhérents à de telles anticipations. En effet, un tel système engendre un processus cumulatif d'écrasement des débiteurs sous le poids d'engagements excédant leurs capacités de remboursement [...] La réaction du droit aurait pu alors consister à enrayer un pareil processus en agissant sur les causes du phénomène et en imposant des ratios d'endettement en fonction des capacités de paiement du débiteur ; il a préféré tenter d'en conjurer tant bien que mal les conséquences sans remettre en question le principe même de l'endettement comme moteur de l'économie* ». L'auteur distingue ensuite les surendettés passifs, « accidentés de la vie », des surendettés actifs, pris dans l'engrenage du crédit : « *avec ces dernières catégories, on est alors en présence d'un problème culturel, et plus seulement économique : l'endettement s'intègre dans un véritable mode de vie et sert à compenser un niveau de revenus jugé par son titulaire insuffisant pour lui assurer le type d'existence auquel il aspire* ».

⁵ On convoquera ainsi le souvenir d'un ancien Ministre de l'Economie s'affichant en couverture d'un magazine hebdomadaire en arborant une marinière, tout en tenant à la main un mixeur « Made in France ». Plus près de nous, Mme Pénicaud, ancienne Ministre de l'Economie, dès le 29 mai 2020, deux semaines après la sortie du confinement causé par la pandémie de coronavirus, s'exprimait dans les termes suivants : « *Je pense qu'il faut en tant que Français qu'on ose consommer, qu'on ose ressortir* » (v. l'art. « Coronavirus : les Français appelés à « consommer » leur épargne pour relancer l'économie », sur le site <https://www.lavoixdunord.fr>). Rappr. S. Gjidara, th. précitée, n° 37, p. 27 : « *Les Français qui étaient fourmis sont devenus cigales, et la vertu a changé de camp ; le bon citoyen n'étant plus celui qui ajuste les dépenses à ses ressources et qui paie comptant* » ou encore n° 150, p. 125 : « *L'endettement s'est imposé comme une participation naturelle au développement social et économique du pays* », ainsi que D. Mazeaud, « Rapport français », in *L'endettement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Argentines T. XLVI, LGDJ, 1995, n° 3, p. 128 : « *la société de consommation, sous l'emprise de laquelle nous vivons, n'incite pas les particuliers à faire vœu de pauvreté. « Endettez-vous ! », tel est le leitmotiv économique auquel notre droit fait largement écho. « Moteur de l'économie », « mode habituel de gestion des patrimoines », l'endettement est juridiquement traité comme un impératif économique et social qu'il importe de promouvoir par des mesures appropriées qui tendent à rendre indolore l'engagement de l'endetté* ».

⁶ Crise rendue possible par le fait que les banques américaines s'étaient transformées en véritables institutions de prêt sur gage, consentant des crédits à des débiteurs à la solvabilité extrêmement douteuse, tant que la valeur de l'immeuble grevé à l'instant de l'octroi du concours permettait en théorie son remboursement. Evidemment, après l'éclatement de la « bulle » immobilière, les

demeure pas moins que, tant que l'économie reposera sur le crédit, les sûretés constitueront des mécanismes incontournables¹. Parallèlement, des politiques publiques ont été mises en place dès les années 1960 afin de pousser les entreprises à recourir massivement au crédit et non à l'autofinancement². Il faut donc fournir des garanties solides aux créanciers si l'on veut les inciter à prêter de l'argent aux consommateurs et aux entreprises. Pourtant, certains auteurs, loin d'être des utopistes, se sont pris à rêver d'un monde sans sûretés³.

6. Un monde sans sûretés ? Fermons les yeux l'espace d'un instant. Imaginons un monde sans sûretés. Tous les créanciers seraient soumis à la règle de l'article 2285 du Code civil, la distribution par contribution en cas d'insuffisance d'actif du débiteur. Le « crédit personnel », qui fleure bon le négociant balzacien du XIX^e siècle en faisant reposer la garantie du créancier sur l'honnêteté et la solvabilité de son débiteur, règnerait en maître⁴. En cas

débiteurs se trouvaient dans l'incapacité de rembourser les prêteurs, ce qui a produit les conséquences que l'on sait. En Europe, l'octroi du crédit se fait avant tout en considération des ressources propres de la personne, et non uniquement au regard des sûretés offertes. C'est ainsi que l'art. L. 313-16, al. 2 C. conso. impose au prêteur de procéder à une « *évaluation rigoureuse de la solvabilité de l'emprunteur* » avant tout octroi de crédit. Sur cette différence, v. A. Gourio, « Comment les banques utilisent-elles les sûretés ? », *RDBF* sept. 2018, dossier 33, n° 3 et s.

¹ Rapp. O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, préf. E. Putman, PUAM, 2000, n° 1.4, p. 17, qui fait de la sûreté réelle « *l'accessoire de politiques du crédit variables selon la conjoncture* ».

² S. Gjidara, th. précitée, n° 31 et s., p. 21 et s. ; F. Rizzo, *Le traitement juridique de l'endettement*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996, n° 3, p. 22.

³ V., entre autres, F. Gillet, « Le crédit de l'entreprise et la sécurité de ses bailleurs de fonds », *Banque* déc. 1973, p. 1086, insistant fortement sur la nécessité d'assurer la survie des entreprises en difficulté et donc d'éviter la vente de leur patrimoine aux enchères : « *De ce point de vue, il ne sert à rien de pouvoir saisir, vendre ou s'approprier légalement l'outil. Si cette orientation est acceptée, il apparaîtra que la lourdeur des procédures, les entraves qui paralysent les initiatives à prendre et en particulier les coûts très élevés des sûretés réelles révéleront au grand jour leur vieillissement* », et l'auteur propose alors la conclusion systématique d'une clause négative qui « *stipulerait donc l'interdiction pour l'entrepreneur de consentir au profit de tiers (et pour ces derniers d'obtenir) des droits de préférence de toute sorte et d'accomplir tout transfert d'éléments patrimoniaux sans l'accord préalable et écrit de ses créanciers* » ; C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, n° 49, p. 563 et s., pages dans lesquelles l'auteur relate la pratique de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, qui refusait de prendre des garanties comme de laisser les créanciers concurrents en souscrire à leur tour, par une « *negative pledge clause* ». On peut également citer la proposition contenue dans la thèse de doctorat de M. Legeais qui, pour être plus modérée, n'en est pas moins iconoclaste : « *le prêteur doit [...] se rappeler que son meilleur dossier n'est pas celui pour lequel il a pu se constituer le plus de sûretés. C'est celui qui concerne l'affaire la plus saine. Aujourd'hui la protection des créanciers doit donc être totalement repensée. L'une des voies possibles pourrait bien être l'abolition des garanties existantes et leur remplacement par une institution unique : l'hypothèque. Outre l'avantage de la simplicité, une telle réforme permettrait sans doute une restauration du principe de l'égalité des créanciers. La suprématie du Trésor, de l'U.R.S.S.A.F., de l'A. G. S. disparaîtrait. Beaucoup de créanciers qui aujourd'hui ne peuvent rien espérer, auraient une chance d'être payés, au moins partiellement, du montant de leur créance* » (*Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stoufflet, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, n° 642, p. 350).

⁴ La description qu'en dresse Troplong est à ce titre particulièrement parlante : « *Le négociant accrédité n'a pas besoin d'aller au-devant des écus ; ce sont eux qui viennent le trouver. Son crédit vaut un titre authentique, son renom égale toutes les garanties. Quiconque a un excédant sur ses revenus, ou un capital disponible, s'empresse de le déposer chez lui, en se contentant du modique intérêt qu'il lui plaît de fixer. Car c'est lui qui dicte la loi, et non lui qui la reçoit ; le prêteur se croit même heureux qu'il accepte ses fonds, dont peut-être il ne saurait que faire, et il trouve une compensation suffisante de la diminution du taux des intérêts dans la certitude d'être remboursé sans frais et sans longueur, souvent à simple réquisition. Tels sont les avantages de prêter à la personne plutôt qu'à la chose, au crédit plutôt qu'à la propriété. Le vrai crédit personnel est toujours prêt à rendre, la propriété*

d'insuffisance d'actif, chacun perdrait alors une part proportionnelle du montant de sa créance, qui serait la même pour tous. Nul ne disposerait de droits spéciaux sur les biens de son débiteur, ni de droits de poursuite à l'encontre des tiers se portant garants pour le débiteur. Personne ne pourrait être intégralement rempli de ses droits tandis que ses concurrents subiraient seuls le poids de la défaillance du débiteur. Ce serait alors le règne de l'égalité... une utopie. Il faut rapidement se ressaisir. Aussi agréable soit-il, ce n'est là qu'un rêve. Une telle révolution supposerait des changements radicaux dans la conception dominante de l'économie, dont on peine à voir les signes annonciateurs aujourd'hui.

7. Signalons simplement quelques éléments rendant invraisemblable l'abandon des sûretés à court ou moyen terme. Tout d'abord, un crédit non garanti est un crédit plus cher : le risque de défaut de paiement en cas de défaillance du débiteur étant accru, le prêteur exige en contrepartie un taux d'intérêt plus important afin de diminuer au maximum les conséquences du défaut de paiement. A l'époque où il n'existait pas de sûreté pouvant garantir le prêteur finançant une expédition navale à l'autre bout de la planète, les parties recouraient ainsi au « prêt à la grosse aventure », caractérisé par un taux d'intérêt effarant, de l'ordre de 40%¹ ! Il n'est pas certain que les débiteurs soient prêts à accepter un tel renchérissement du montant de leurs remboursements mensuels... C'est également la structure du système bancaire international qu'il faudrait revoir en intégralité : afin de prévenir le risque systémique, c'est-à-dire la défaillance en cascade des établissements de crédit, ces derniers se voient imposer des ratios de solvabilité, les obligeant à détenir un certain montant de capitaux propres par rapport à la somme totale des crédits consentis. Le fait de disposer de sûretés efficaces permet de diminuer le montant de capitaux à détenir, car il y a là un facteur certain d'atténuation du risque de défaut de paiement par le débiteur. En supprimant les sûretés, par un effet mathématique, les

toujours disposée à différer. Le crédit offre sûreté et promptitude, la propriété fait acheter la sûreté par de longs délais. La condition du crédit personnel est donc de l'emporter sur la propriété. Vouloir changer cela, c'est vouloir changer la nature des choses » (Des privilèges et hypothèques, T. I, Charles Hingray, libraire-éditeur 5^e éd., 1854, p. XXIII).

¹ R. Millet, « Etude sur l'hypothèque maritime », *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, fév. 1874, pp. 96-97 : « Dans la marine, on a inventé des combinaisons qui permettent d'affecter le navire à la sûreté de la dette. La plus ancienne de ces combinaisons, et la plus primitive, c'est le prêt à la grosse. Le prêteur donne son argent pour un voyage déterminé, pour une opération à courte échéance. En cas de sinistre, il perd tout, intérêt et capital. En cas de salut, il est remboursé de tout, et touche un fort intérêt, de l'ordre de 30 à 40 p. 100 [...] Le prêt à la grosse offre une garantie médiocre, et la plupart des nations s'en servent avec répugnance. Par sa nature même, il ne peut aider qu'une opération restreinte. Ce n'est pas avec la grosse aventure qu'on peut mettre en mouvement de grandes machines industrielles. Le prêt à la grosse est plutôt un risque commercial qu'une opération de crédit. Pour attirer les capitaux, il faut deux conditions réunies : le profit et la sécurité. Quand la sécurité augmente, le profit diminue. Mais le crédit ne saurait se passer ni de l'un ni de l'autre. Or, dans ce prêt à la grosse, si les profits sont considérables, la sécurité est presque nulle ».

établissements de crédit seraient forcés de diminuer le montant des crédits consentis, grippant ainsi l'économie¹. Enfin, un certain nombre de transactions n'auraient tout simplement pas lieu : assez peu de prêteurs, qu'il s'agisse de particuliers ou d'opérateurs institutionnels, accepteraient de conclure un contrat différant le remboursement à moyen ou long terme avec un débiteur dépourvu de solvabilité suffisante, faute de sûreté leur assurant une situation plus favorable en cas de défaut de paiement².

8. Sûretés réelles et insécurité. Les sûretés réelles permettent traditionnellement d'éviter de s'exposer aux risques liés à la défaillance du débiteur. Là où tout créancier chirographaire, même muni d'un cautionnement, est tenu de subir les modifications normales de la composition du patrimoine de son débiteur ou de son garant, le titulaire d'une sûreté réelle y échappe, ce dont l'on déduit classiquement la supériorité des sûretés réelles sur les sûretés personnelles³. Le droit de préférence permet ainsi au bénéficiaire de la sûreté de reporter les conséquences de l'endettement excessif du débiteur sur les épaules de ses concurrents, alors que le droit de suite pallie le risque de cession des biens de grande valeur en habilitant le bénéficiaire de la sûreté à agir contre le tiers acquéreur, nouveau propriétaire du bien grevé⁴. Si les sûretés sont nécessaires au bon fonctionnement de l'économie, en rassurant le créancier sur ses chances de paiement et en l'incitant donc à octroyer des délais, encore faut-il que, concrètement, le droit des sûretés soit à la hauteur des attentes des créanciers. Or, que penser d'une législation réformée sans

¹ P. Crocq, « Rapport de synthèse du Colloque de la Fédération bancaire française du 24 octobre 2017 », *Banque et Droit* nov.-déc. 2017, n° 1, p. 4 ; S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. Ghozi, Revue Banque Édition, 2004, n° 34 et s., p. 43 et s. L'évolution prochaine des règles prudentielles semble par ailleurs annoncer un recours accru aux sûretés sur biens corporels, v. P. Crocq « Rapport de synthèse », in *Réforme du droit des sûretés et activités bancaires*, RDBF sept. 2018, dossier 34, n° 13, ainsi qu'A. Gourio, « Comment les banques utilisent-elles les sûretés ? », art. précité, n° 13 et s.

² Rapp., déjà, les paroles de Treilhard, présentant le Titre relatif au cautionnement du Code civil devant le corps législatif, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 37 : « Législateurs, les hommes ne traitent ensemble que dans l'espoir légitime que leurs engagements respectifs seront exécutés ; et toute transaction serait bientôt suspendue si une confiance mutuelle ne rapprochait pas les citoyens pour leur commun intérêt ». L'auteur d'un article fameux a d'ailleurs insisté sur le fait qu'un affaiblissement trop important de l'efficacité des sûretés conduirait nécessairement à la disparition des crédits à moyen ou long terme, v. L. M. Martin, « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Banque* déc. 1975, spé. p. 1139 : « La faute capitale du banquier n'est pas de prendre des risques, elle serait de les prendre sans les mesurer et il n'y a que deux façons de les mesurer : prendre des sûretés ou réduire les engagements sur les risques trop grands parce que trop longs. C'est une aberration d'attendre autre chose d'un prêteur ».

³ C. Beudant, par P. Voirin, *op. cit.*, n° 52-53, p. 62 : « Les sûretés personnelles ne sont jamais d'une efficacité absolument certaine, à l'abri de tout risque. Faites intervenir deux, trois, dix cautions, les chances d'insolvabilité diminuent sans doute, mais ne sont jamais absolument écartées. Il y a toujours place pour un souci de la part du créancier ; par conséquent, le crédit du débiteur n'est pas complet. Pour obtenir une sécurité complète, il faut recourir aux sûretés réelles ». Cette idée est particulièrement prégnante dans l'adage « Plus cautionis in re est quam in persona » ou encore l'axiome bien connu, rapporté par Catherinot : « De foi, fi ; – De pleige, plaid ; – De gage, réconfort ; – D'argent comptant, paix et accord ». V. également la formule célèbre du tribun Gary, in P. A. Fenet, *op. cit.*, p. 213 : « La sûreté sur les biens est à l'obligation ce que la sanction est à la loi ».

⁴ V., outre l'intégralité des introductions des manuels de droit des sûretés, M. Grimaldi, « Synthèse », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, n° 8, p. 83.

relâche, si ce n'est qu'elle n'offre pas un degré de sécurité suffisant aux créanciers ? Il faut toutefois préciser un peu davantage les choses : ce n'est pas « le droit des sûretés » en général qui est constamment modifié, ce sont plus précisément les règles applicables aux sûretés réelles. La réforme du 23 mars 2006 a introduit des modifications cosmétiques à l'organisation des sûretés personnelles, mais s'est essentiellement concentrée sur la modernisation des sûretés réelles. Sans doute ce droit n'est-il toujours pas assez moderne, étant donné que le législateur institue de nouvelles garanties sans discontinuer¹ : après le privilège de *new money* en 2005, le gage des stocks en 2006, la fiducie en 2007, le privilège des producteurs agricoles en 2016, le gage des marchandises représentées par un reçu d'entreposage en 2018, la loi Pacte a notamment prévu la création d'un nouveau privilège de *post money* profitant aux créanciers prêts à financer l'exécution des plans arrêtés dans le cadre des procédures collectives².

9. Plan de l'introduction. Le législateur, apprenti alchimiste, est-il parvenu à découvrir la bonne formule, apte à « *changer le plomb vil en or pur* »³ ? L'ordonnancement actuel du droit des sûretés réelles permet-il l'octroi d'une grande quantité de crédit à bas coût, tout en étant pleinement respectueux des intérêts des débiteurs, des créanciers et des tiers ? Rien n'est moins sûr... Le déluge de réformes s'abattant sur les têtes des justiciables raconte une autre histoire, celle d'un droit dont la cohérence est sapée au fil de réformes incessantes et insuffisamment articulées entre elles. La création du gage de stocks par l'ordonnance du 23 mars 2006 en constitue un exemple topique : voulue par la Chancellerie alors que le gage modernisé du Code civil permettait déjà d'affecter un stock en garantie, le régime de cette sûreté était particulièrement strict, imposant un formalisme lourd et une mesure de publicité à peine de nullité, tout en prohibant expressément la possibilité de recourir au pacte commissaire, dont

¹ Il faut se garder de penser qu'il s'agit là d'un phénomène récent : les gages spéciaux pullulent depuis que l'exigence de dépossession a été jugée trop contraignante par les milieux d'affaires, sans compter toutes les sûretés instituées ces dernières années afin de prendre en considération l'apparition de nouveaux biens, le plus souvent incorporels, ou d'attribuer à certains créanciers le rang que le législateur estime devoir leur être attribué, v. not. F. Macorig-Venier, « L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, T. 1, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2005, p. 413 et s., spé. n° 77 et s. Par ailleurs, le droit français n'est pas le seul concerné, v., en droit belge, J. Caeymaex et T. Cavenaile, *Manuel des sûretés mobilières*, Larcier, 2^e éd., 2018, p. 13 : alors que la loi du 11 juillet 2013 avait notamment pour objectif d'améliorer la situation des créanciers chirographaires, « *seuls quatre privilèges légaux ont été abrogés [...] Dans le même temps, le législateur peu cohérent crée de nouveaux privilèges* », au profit de la victime d'infraction pénale et du créancier alimentaire.

² Privilège institué par l'article 5, IV de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19.

³ Ph. Pétel, « Pour une relecture de l'article L. 621-32 du Code de commerce (ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985) », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, n° 1, p. 917.

la validité et la généralisation faisaient pourtant partie des innovations les plus intéressantes de la réforme. Par la suite, la Cour de cassation a interdit aux parties de recourir au gage du Code civil lorsqu'elles se trouvaient dans le domaine défini par les articles du Code de commerce, avant que l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 ne vienne instituer la possibilité d'une option entre ces deux mécanismes¹. Que de complexité ! La portée et le sens d'une loi étant fixés approximativement dix ans après son entrée en vigueur, la « réformite aiguë » dont est atteint le législateur constitue une source constante d'interrogations sur l'état du droit positif.

10. Par un paradoxe surprenant, le droit des sûretés, droit de la sécurité, est devenu un magma informe de règles posant des principes, puis des exceptions aux principes, et enfin des exceptions aux exceptions : il est désormais le droit de l'insécurité. Les créanciers en viennent à se méfier de ce qui devrait être le droit de la confiance². Il faut sans cesse réformer la réforme afin de corriger les erreurs du passé, ce qui dénote l'incertitude du législateur quant aux directions à suivre. Ses tâtonnements ne sont que le reflet de la confusion qui s'est emparée de la matière à compter de la deuxième moitié du XX^e siècle. Il devient alors indispensable d'effectuer un retour en arrière afin de retracer les évolutions du droit des sûretés réelles et de déterminer comment le chaos en est venu à dominer la matière (**I**). Cela permettra ensuite de prendre conscience que l'édification d'une théorie générale des sûretés réelles, qui a pour but la traque des incohérences et la formulation de propositions propres à les éliminer, constitue le remède idoine aux maux qui affectent ce droit (**II**).

I) L'objet étudié : les évolutions récentes du droit des sûretés réelles

11. Approche fonctionnelle des sûretés. Avant même d'exposer les grandes lignes de l'évolution du droit des sûretés réelles, il est indispensable de borner, de manière assez

¹ La « saga » du gage de stocks est exposée avec davantage de détails, notamment sur la question de l'option avec le gage du Code civil, *infra*, n° 513 et s.

² Rapp. Ph. Théry, « Les sanctions en droit des sûretés – Entre cycles politiques et désordres techniques », in C. Chainais et D. Laszlo-Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, vol. 1, 2012, n° 66, p. 297 : « *Le législateur a joué aussi l'apprenti sorcier, empilant les textes sans toujours en vérifier la compatibilité, hésitant entre la priorité absolue donnée à l'entreprise (1985) pour en revenir peu après (1994). Si de tels mouvements cycliques sont relatés dans tous les manuels d'histoire du droit et apparaissent normaux, cela ne retire pas grand-chose au malaise de ceux qui les vivent* ».

superficielle pour le moment, les limites de leur domaine. Il est d'abord certain que les sûretés constituent un sous-ensemble des garanties de paiement, techniques visant à prévenir le risque d'une perte patrimoniale du créancier qui en bénéficie¹. Au-delà, les choses sont moins claires et la définition de la sûreté devient floue², au point de constituer un terrain d'affrontement entre les tenants d'une approche fonctionnelle et les partisans d'une démarche conceptuelle³. Les membres du premier « parti » se focalisent avant tout sur les effets des mécanismes dont la qualification est recherchée. A partir du moment où une institution quelconque produit un effet de sûreté, il ne faudrait pas aller plus loin et se contenter de lui appliquer la qualification de sûreté⁴. Ce système ne manque pas de partisans à l'étranger, l'approche fonctionnelle se trouvant au cœur du droit nord-américain des sûretés qui a fortement inspiré les textes internationaux proposant une réforme « clés en main », notamment par la CNUDCI et la BERD. Il faudrait alors considérer que le *security interest* américain – la sûreté unique en matière mobilière – serait le meilleur système qui soit, dans la mesure où il permet de soumettre tous les mécanismes produisant un effet de sûreté aux mêmes dispositions fondamentales, évitant ainsi qu'une règle considérée comme essentielle par le législateur ne soit contournée trop

¹ La totalité des introductions des manuels de droit des sûretés se prononcent en ce sens. On peut également citer la définition des garanties retenue par M. Crocq, qui est particulièrement compréhensive dans la mesure où il s'agit de tous les « avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution » (*Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 248, 1995, n° 238, p. 287).

² V. not. la critique adressée par M. Revet à M. Beignier, qui proposait de rebâtir le plan du Code civil en créant, entre autres, un Livre septième intitulé « Des garanties et des sûretés » : « *Que signifie l'adjonction des « garanties » aux « sûretés », alors qu'aucun accord ne se fait déjà sur la notion de sûretés – de là une raison supplémentaire à l'artificialité de la création d'un Livre IV prétendant accueillir ce dont on ne connaît même pas formellement les contours... –, et alors que le concept de garantie est encore plus oiseux ?* » (« A propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », *D.* 2019. 1011, n° 20).

³ Pour l'exposé de la distinction des notions conceptuelles et fonctionnelles, v. G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948. I. 682, ainsi que « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950. I. 851, n° 4 : « *Les notions proprement conceptuelles [...] peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. [...] Les notions « fonctionnelles » au contraire [...] procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité* ». V. également, sur l'importance des notions conceptuelles, M.-T. Calais-Auloy, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA* 9 août 1999, p. 4 : « *Penser une notion en elle-même et non pas uniquement à travers sa fonction dans telle ou telle règle ou telle ou telle discipline, c'est lui restituer la plénitude de son sens* ».

⁴ V., par ex., P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. ent.*, 1989/5, pp. 3-4 : « *je ne suis pas sûr qu'il existe en droit français une notion technique de sûreté : qu'y a-t-il de commun, d'un point de vue technique, entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles ? Je serais plutôt fondé à penser que la notion n'a d'unité que sur le plan économique, par le but poursuivi ; et, dans cette optique, je n'hésiterais pas à qualifier de sûreté tout mécanisme, quelle qu'en soit la technique, qui a pour finalité d'assurer la protection du créancier contre le risque de non-paiement ou d'insolvabilité du débiteur* », ou encore Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 37, pp. 29-30 : « *Dans une conception plus pragmatique (ou fonctionnelle), sont des sûretés tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions. En cette matière, intimement liée à celle du crédit, où le droit et l'économie se trouvent étroitement imbriqués, il peut paraître préférable de donner de la notion de sûreté une définition fonctionnelle, conforme à la réalité. Cette définition extensive paraît bien être celle du droit positif* ».

facilement sous l'impulsion de praticiens à l'imagination fertile¹. Le droit français n'est pas totalement imperméable à ces considérations, comme en témoigne l'interprétation jurisprudentielle donnée au terme « sûretés » dans l'application de l'article 1305-4 du Code civil². La liste des sûretés réelles serait alors particulièrement longue, incluant outre les sûretés réelles traditionnelles et les « propriétés-sûretés », qualifiées ainsi par la réforme du 23 mars 2006, le droit de rétention, les actions directes, la compensation et les sûretés négatives³. A dire vrai, l'on pourrait encore aller plus loin et y inclure l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution, les renonciations à l'insaisissabilité et même l'acte notarié⁴. Cette idée ressort avec force de la thèse de doctorat de M. Borga, définissant la sûreté réelle comme « *tout procédé spécifique, portant sur le patrimoine ou sur certains éléments du patrimoine du débiteur, mis en œuvre par un créancier et lui octroyant un droit d'agir pour obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation, ou un droit d'opposition lui permettant de parer à l'inexécution* »⁵.

12. Approche conceptuelle des sûretés. A l'opposé se situent les partisans de l'approche conceptuelle, pour lesquels la définition des sûretés se distingue nettement de celle des garanties, d'autres critères que le simple « effet de sûreté » de la technique considérée étant pris en compte. La définition conceptuelle la plus connue et la plus utilisée est sans conteste celle

¹ Cette position doit toutefois être nuancée : une étude comparée du droit des sûretés au Québec et dans les autres provinces du Canada révèle en effet une approche mixte. Le droit québécois, de tradition civiliste et classiquement considéré comme faisant la part belle à la notion conceptuelle des sûretés, se teinte de considérations fonctionnelles, tandis que les *PPSA (Personal Property Security Act)* de *common law* témoignent d'un cheminement inverse, v. Y. Emerich, « La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique ? », 44 *R. J. T.* 95 (2010).

² V. Civ. 1^{er}, 9 mai 1994, *Bull. civ.* I, n° 171, p. 127 (n° 92-15063), *RTD Civ.* 1995. 110, obs. Mestre ; *Deffrénois* mars 1995, p. 340, obs. Ph. Delebecq, le mécanisme ici qualifié de « sûreté » au sens de l'article précité consistant en un droit de prélèvement direct sur le salaire de son employé par une société lui ayant consenti plusieurs prêts.

³ Sur lesquelles, v. Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, sept. 2009, n° 7-8 : « *Toutes ces stipulations ont pour but de protéger leur bénéficiaire contre des changements touchant la composition du patrimoine d'un débiteur. Les unes tendent à assurer la stabilité patrimoniale de celui-ci, en empêchant la diminution en valeur ou en nature des éléments d'actif et, corrélativement, l'accroissement du passif. Elles entraînent des inaliénabilités, des prohibitions de conférer des droits privilégiés à des tiers, soit pour maintenir ou étendre "la surface responsable" de l'emprunteur, soit pour compléter les effets de sûretés constituées* ». Ainsi, il peut s'agir de clauses par lesquelles le débiteur prend l'engagement de ne pas contracter de nouveaux emprunts, de ne pas aliéner tel ou tel bien jugé indispensable au maintien de son activité, de ne pas consentir de sûretés à un créancier futur, etc.

⁴ Rapp. J.-P. Sénéchal, « L'acte notarié : une quasi-sûreté », *Deffrénois* 1993, art. 35660, p. 1313 et s. Evidemment, il ne faut pas aller aussi loin et l'auteur lui-même reconnaît le caractère « *provocateur* » de l'intitulé de son article. Il n'en demeure pas moins qu'il affirme un peu plus tard qu'« *il est aujourd'hui préférable d'être créancier chirographaire muni d'un titre exécutoire plutôt que créancier privilégié dépourvu d'un tel titre* » (p. 1320). Il faudrait en réalité dépasser cette affirmation : le droit de préférence ne jouant que dans le concours entre créanciers, il vaut mieux être un chirographaire diligent qu'un bénéficiaire de sûreté préférentielle négligent... L'acte notarié, aussi intéressant soit-il sur le terrain de l'exécution forcée, ne modifie pas le principe suivant lequel la meilleure garantie des droits du créancier – hors procédures collectives – réside dans sa promptitude à les exercer.

⁵ N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009, n° 407, p. 394.

qui a été forgée par M. Crocq, estimant qu'« *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant sa créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »¹. Dans cette conception, la sûreté n'est pas seulement tout procédé susceptible de protéger le créancier contre une perte patrimoniale, mais une notion au sens bien précis caractérisée par le cumul de trois éléments². Ne peut être qualifié de sûreté qu'un mécanisme ayant pour finalité l'amélioration de la situation de son bénéficiaire par rapport à celle d'un simple chirographaire, dont la mise en œuvre doit satisfaire totalement ou partiellement le créancier, en ayant recours à la technique de l'affectation. Sont ainsi écartées certaines institutions qui, si elles possèdent un effet évident de garantie, ne permettent pas en elle-même de parvenir à l'exécution de l'obligation garantie, telles que les sûretés négatives, l'exception d'inexécution ou le droit de rétention matériel³. L'idée toujours féconde de la distinction du but et de la technique⁴ affleure derrière la définition conceptuelle des sûretés : tous les mécanismes dont la mise en œuvre permet de prévenir une perte pécuniaire pour le créancier bénéficiaire sont des garanties – le but des sûretés et des garanties est commun – mais la qualification de sûreté ne peut être retenue qu'en présence de la réunion de critères cumulatifs – la technique des sûretés est spécifique. Il faudrait alors exclure de cette catégorie toutes les institutions conçues pour accomplir un certain

¹ P. Crocq, th. précitée, n° 282, p. 234.

² V. également, estimant que la garantie « *lutte contre l'insolvabilité du débiteur de manière diffuse ; elle ne tend pas au recouvrement de la créance. Son objet est d'éviter qu'une perte n'affecte le patrimoine du débiteur sans pour autant octroyer de prérogative particulière au créancier. Elle est conservatoire, elle maintient le droit de gage général du créancier* », puis développant les critères énoncés par M. Crocq, C. Ginestet, « La qualification des sûretés », *Deffrénois* 1999, art. 36927, n° 8 et s., p. 83 et s., ou encore, distinguant entre « *les garanties et sûretés classiques, répertoriées par les bons ouvrages* », et les garanties indirectes, « *tous autres moyens en conséquence desquels le créancier se trouve protégé contre l'insolvabilité de son débiteur* », M. Vasseur, « Les garanties indirectes du banquier », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, n° 1, p. 104.

³ P. Crocq, th. précitée, n° 271, p. 224.

⁴ R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. Le Balle, Sirey, 1953. Pour clarifier le sens de sa distinction entre techniques initiales – que l'on peut modeler afin de remplir des buts très divers – et techniques intégrées – qui sont si liées à une institution précises qu'elles ne peuvent servir à atteindre un autre but que celui poursuivi par cette institution –, l'auteur développe la métaphore du mécanisme d'horlogerie : « *l'horloge et son mécanisme forment un tout indissociable parce que l'ensemble de ce mécanisme a été spécialement agencé pour ce rôle ; la mise en place des ressorts et des roues dentées, dans tel sens plutôt que dans tel autre, a été commandée par la finalité de l'ensemble. Ce procédé technique, que constitue le mécanisme d'horlogerie, a une finalité tellement marquée qu'il est extrêmement difficile, voire impossible, de l'utiliser à un autre but que celui pour lequel il a été créé. Mais, en revanche, si nous considérons l'un des minuscules ressorts qui le composent, on s'aperçoit que s'il joue un rôle qui lui est propre, en réalité, sa finalité partielle, par rapport à l'ensemble, est beaucoup moins accusée. Si on le détache du tout, on peut, à la rigueur, l'utiliser pour faire fonctionner une autre machine, où sa force de détente sera mise à profit* ».

but, mais qui possèdent par ailleurs un effet de sûreté dans certaines circonstances, qui ne constitue pas pour autant le but premier de ladite institution¹. Retenir une telle conception réduit largement le champ du droit des sûretés, nécessairement limité aux mécanismes qualifiés comme tels par le législateur.

13. Faveur pour l'approche conceptuelle : la cohérence. A l'orée de ce travail, il faut se prononcer en faveur de l'approche conceptuelle, seule apte à donner de la cohérence aux développements qui vont suivre. En effet, l'approche fonctionnelle dilate les frontières de la sûreté jusqu'à lui faire prendre les traits de la garantie, ce qui rend quasiment impossible une définition précise du concept étudié². Si « *chaque auteur a sa liste de sûretés réelles* »³, le risque que l'on ne parle plus de la même chose croît avec l'extension de la catégorie. Il suffit de s'intéresser à la définition proposée par M. Borga pour le remarquer : « sa » sûreté peut prendre la forme de « *tout procédé spécifique* », et permet tant d'obtenir l'exécution de l'obligation que d'en prévenir l'inexécution. Pourtant, à y regarder de plus près, y a-t-il suffisamment de similitudes entre la renonciation à l'insaisissabilité, la compensation, le droit de rétention et les

¹ En ce sens, P. Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, pp. 305-306 : « Les sûretés [...] consisteraient en des prérogatives spécifiquement et exclusivement destinées à assurer le paiement [...] la garantie, concept essentiellement fonctionnel, viserait tout avantage donné au créancier afin de prévenir l'impayé ou d'assurer le paiement, avantage pouvant résulter du rapport d'obligation initial, d'un engagement adjoind ou même d'une situation qui, étrangère à toute garantie, n'a nullement pour unique objet d'assurer un paiement mais peut avoir un tel effet ; engagement ou situation n'ayant donc qu'occasionnellement une fonction de garantie ».

² L. Aynès, « Les garanties du financement – Rapport de synthèse présenté au 32^e Congrès des notaires », art. précité, n° 2, pp. 911-912 : « le progrès technique rend fragile l'institution : plus elle prend de la distance avec sa matrice, plus elle devient artificielle, plus elle risque de s'évanouir » ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 4, p. 4 : « Qualifier de sûreté tout ce qui assure une protection contre l'insolvabilité revient à dilater la notion au point de ne pas pouvoir lui assigner de limites. Limites nécessaires, ne serait-ce que parce qu'il est des règles applicables aux sûretés personnelles ou aux sûretés réelles dont on conçoit mal qu'elles soient étendues à toutes les garanties [...] La raison d'être de la sûreté est de ménager le paiement d'une créance ; il est de son essence de tendre exclusivement et délibérément à ce résultat. Au contraire, des règles ou des mécanismes peuvent produire ce résultat, parmi d'autres, sans qu'ils aient pour objet d'y tendre de façon délibérée ou exclusive ; ils produisent un effet de sûreté, mais cet effet n'est pas de leur essence » ; A. Martin-Serf, « L'interprétation extensive des sûretés réelles en matière commerciale », *RTD Com.* 1980, n° 15, p. 684 : « toutes les catégories juridiques risquent de perdre leur certitude si l'on range indifféremment les procédés de paiement et les sûretés sous la même rubrique ». Rapp. C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit*, *APD*, T. 11, 1966, n° 12, pp. 33-34 : « les bases de la classification et par suite de la qualification ne sont en aucune façon données au juriste ; c'est à lui de les choisir, de les décider, en tenant compte des seules exigences et intérêts de la connaissance scientifique », ainsi que n° 19, p. 40 : « la question du principe de classification [...] consiste à reconnaître quel est, pour un problème donné, celui des traits de l'objet qui offre le plus haut intérêt intellectuel, la plus haute valeur de connaissance. Et l'on peut dire que, normalement, ce sera celui qui réunit dans une même catégorie les objets le plus profondément semblables et sépare au contraire les objets foncièrement dissemblables ».

³ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 580, p. 426. C'est précisément ce qui se produit en matière de garanties, v. N. Bague, *Essai sur la notion de garantie*, th. Paris I, 2008, n° 456, p. 451, qui conclut sa thèse de doctorat en affirmant qu'« au-delà de [leur] structure commune, toutefois, les apports de la notion de garantie s'avèrent assez décevants. La fonction de garantie, en effet, peut être remplie par une multitude de mécanismes ne présentant guère de points communs et, plus radicalement, ne pouvant en présenter. Quel que soit l'angle d'approche de son régime juridique, la garantie donne lieu à une certaine diversité et, surtout, cette notion ne donne jamais l'impression d'exercer une influence majeure ».

garanties traditionnellement qualifiées de sûretés réelles, soit le gage, le nantissement et l'hypothèque¹ ?

14. Réserver la possibilité de saisir un bien à un créancier unique ne constitue une garantie que dans la mesure où le droit de gage général de ses concurrents se voit amputé². Aucun droit d'agir supplémentaire ne lui a été conféré, ce sont les autres créanciers qui subissent la réduction du périmètre de leur droit de poursuite. Il est indéniable qu'il s'agit là d'une excellente garantie portant sur un bien du débiteur, ce qui justifie que l'on en fasse mention, mais ses traits distinctifs sont bien trop différents de ceux reconnus aux sûretés traditionnelles pour que l'on puisse l'incorporer au sein d'un ensemble homogène³. La simple reconstitution du droit de gage général d'un créancier ne peut être traitée comme une sûreté réelle.

15. La même réflexion vaut à propos de la compensation : la sécurité offerte au créancier qui peut voir sa créance éteinte à hauteur de la plus faible des deux sommes entre son montant et celui de la créance détenue par son débiteur est extrêmement appréciable, surtout lorsqu'il s'agit de créances connexes et que le débiteur voit une procédure collective s'ouvrir à son encontre. Mais cette garantie naît dans un contexte très particulier et suppose la titularité d'obligations réciproques. Sa fonction est initialement celle d'un paiement simplifié, ce qui permet d'éviter deux transferts de monnaie consécutifs. Il en découle naturellement que ce n'est qu'en forçant les concepts juridiques que les auteurs parviennent à l'intégrer dans le moule des sûretés⁴. Là où la sûreté réelle est avant tout dirigée contre les tiers, la compensation conserve

¹ Dans sa thèse de doctorat, M. Crocq partait précisément des caractères reconnus aux sûretés réelles traditionnelles afin d'élaborer sa définition de la sûreté, v. P. Crocq, th. précitée, n° 266, p. 219.

² C. Beudant, par P. Voirin, *op. cit.*, n° 26, p. 32 : « Réserver à un groupe de créanciers le droit de saisir certains biens, c'est leur procurer l'équivalent d'une sûreté réelle. Ce résultat est d'autant plus apparent que le groupe de créanciers admis à pratiquer la saisie est restreint. Certes, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un privilège : en effet, le privilège dénoue un conflit entre créanciers sur le prix du bien saisi en donnant à l'un un droit de préférence à l'encontre de l'autre, tandis que, dans l'hypothèse envisagée, le conflit est évité, puisque certains créanciers seulement ont le droit de saisir et participent à la distribution du prix. Il n'en est pas moins certain que l'exclusion de certains créanciers, qui supprime le conflit, assure aux autres un avantage équivalent à celui que procure le droit de préférence lorsqu'il y a un conflit à trancher ».

³ En un sens similaire, à propos des sûretés négatives, Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », fasc. précité, n° 13 : « Le particularisme des sûretés négatives n'est guère compatible avec la définition habituelle de sûreté [...] En effet, elles préservent ou renforcent le droit de gage général plus qu'elles ne donnent une préférence au créancier ».

⁴ V. P. Catala, dans sa préface à la thèse de R. Mendegris, *La nature juridique de la compensation*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CIV, 1969, pp. II-III : « la compensation est une institution à double face : en éteignant des obligations réciproques, elle introduit un important facteur de sécurité dans des relations patrimoniales qu'une exécution unilatérale menace de déséquilibrer. Par là, elle s'apparente à l'exception non adimpleti contractus et au droit de rétention, mais avec plus de force dans le résultat : celui-là et celle-ci ne sont que des mesures de sauvegarde contre l'inexécution ; la compensation est une garantie de l'exécution. Elle institue, au bénéfice de qui l'invoque, une cause de préférence non prévue par l'article 2094 du code civil » ; G. Duboc, *La*

son intérêt en présence des seuls créanciers et débiteurs¹... cette différence fondamentale suffit à justifier l'exclusion de la compensation de la catégorie des sûretés réelles.

16. Enfin, c'est également la place à attribuer au droit de rétention dans une classification des garanties qui pose un problème. Si le droit de rétention fictif se rapproche insensiblement des sûretés réelles – et surtout des privilèges² –, il n'en va pas de même de son prédécesseur, le droit de rétention matériel, qui s'en distingue avec clarté. En effet, l'on comprend aisément la raison pour laquelle la Cour de cassation a expressément exclu sa qualification de sûreté³ : contrairement à toutes les techniques qui seront étudiées par la suite, le droit de rétention ne confère aucune prérogative positive à son titulaire. Il constitue le droit du gêneur, le droit d'attendre le paiement de sa créance en refusant de remettre le bien retenu à son débiteur ou à l'un de ses créanciers voulant mettre en œuvre une saisie, mais ne peut constituer le support

compensation et les droits des tiers, préf. J.-L. Mouralis, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 202, 1989, n° 5, p. 9 : « Ainsi la compensation aboutit à affecter une créance du débiteur exclusivement au paiement d'un créancier chirographaire, et on peut dire que le créancier qui se paie sur sa propre dette par compensation jouit d'un véritable privilège. La compensation apparaît donc à la fois comme un mode de paiement et une technique de garantie. Ces deux aspects sont inhérents à l'institution et intimement liés [...] Mode de paiement, le mécanisme compensatoire, par sa nature, contient également, en toute hypothèse, une garantie équivalente à une sûreté réelle spéciale », ou encore n° 259, p. 189 : « Considérée comme un simple paiement par le Code civil, la compensation est érigée [...] en sûreté par la jurisprudence qui l'admet au préjudice des droits pouvant appartenir à des tiers. Elle constitue alors un paiement privilégié [...] Cette compensation, qui implique un droit de préférence, constitue une véritable sûreté spéciale mobilière. Mais ce n'est pas tout. Cette sûreté spéciale comporte également l'équivalent d'un droit de suite ». L'auteur assimile même, par la suite, la convention de compensation à un gage (n° 364, p. 246 et s.). Il n'y a là qu'une comparaison et non une assimilation : lorsque les deux créances sont éteintes à concurrence de la plus faible des deux sommes dues, il n'y a ni mise en œuvre d'un droit de préférence, ni réalisation d'une fiducie-sûreté, qui s'analyse en un pacte commissoire (v. *infra*, n° 97, ainsi que n° 637 et s.). La compensation des créances connexes, tout comme le droit de rétention, appartiennent à la catégorie spécifique des garanties reposant sur la notion de connexité, qui ne saurait être confondue avec celle des sûretés (v. L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012, n° 178 et s., p. 149 et s.). La connexité mérite d'être traitée à part, en ce qu'elle constitue un « élément structurel de la créance grevée », et non un élément ajouté au droit de gage général dans le but d'obtenir l'exécution de l'obligation garantie (M. Julienne, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, n° 112, p. 79).

¹ Rappr. A. Hontebeyrie, « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC* mars 2014 : « La compensation évoque le nantissement, c'est vrai. Mais si la compensation existe, ce n'est pas pour permettre au créancier de primer ou d'exclure les créanciers de son débiteur, comme dans le nantissement. C'est, avant toute chose, pour faciliter la réalisation de l'obligation dans des conditions qui sont très proches du but ultime de toute obligation, à savoir le paiement. Si cette extinction se double d'une primauté, tant mieux pour le créancier, mais ce n'est pas le but même de l'institution. La compensation conserve d'ailleurs toute sa raison d'être en l'absence de créanciers concurrents. Mieux, on pourrait très bien décider de la priver de tout effet de sûreté, en réservant les droits de tous les créanciers concurrents. Là encore, la compensation conserverait sa raison première. La libération du débiteur est l'effet inhérent à la compensation : il n'y a pas de compensation sans libération. La primauté n'est qu'un effet incident il peut y avoir compensation sans primauté. Au contraire, on ne conçoit pas un nantissement qui réserverait les droits de tous les créanciers concurrents. Incident à la compensation, l'effet de sûreté est, à l'inverse, inhérent au nantissement. Voilà ce qui distingue les deux institutions ».

² V. *infra*, n° 61, ainsi que n° 872 et s.

³ Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141, p. 126 (n° 95-11915) : « le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage ». En revanche, l'on se gardera de proposer une autre qualification du droit de rétention, question qui préoccupe la doctrine depuis bien longtemps : « Cette question est depuis longtemps controversée, et toutes les qualifications possibles ont été proposées, qui déclinent toutes les couleurs, voire les demi-teintes, de l'arc-en-ciel juridique : droit personnel pour certains [...], droit réel « inachevé » pour d'autres [...], véritable droit réel, enfin [...], avec, on l'a vu, la caution de la Cour de cassation elle-même. Mais, quel droit réel ? Ce n'est pas une sûreté a précisé la Cour de cassation [...] Faut-il y voir un droit réel principal ? Mais, comment qualifier ainsi un droit accessoire, qui n'est qu'une prérogative négative, que l'on perd en outre avec la restitution de la chose... » (Ph. Théry, obs. sous Civ. 3^e, 16 décembre 1998, *RDI* 1999, 293).

d'une action en paiement¹. Le droit de rétention disparaît en effet dès que le créancier se dépossède volontairement du bien retenu². Là encore, la garantie procurée est excellente, ce qui justifie qu'il y soit régulièrement fait référence, mais la recherche d'une cohérence entre les différents mécanismes qualifiés de sûretés réelles ne peut être menée à bien en intégrant au sein de cette catégorie des techniques conférant des prérogatives si disparates³.

17. Faveur pour l'approche conceptuelle : problèmes actuels des sûretés réelles. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les troubles affectant le droit des sûretés ne viennent pas de la compensation, de la renonciation à l'insaisissabilité ou des sûretés négatives. Ces garanties ne sont pas utilisées massivement au point de remettre en cause les principes traditionnels applicables aux sûretés. Ce qui est éminemment problématique, hier comme aujourd'hui, c'est l'utilisation de la propriété aux fins de garantie. On ne peut s'y tromper : lorsque Mouly a rédigé son fameux article aux *Mélanges Roblot*, critiquant avec véhémence le régime des sûretés dans les procédures collectives, c'est au crédit-bail, à la clause de réserve de propriété et aux multiples fiducies qu'il s'en prenait⁴ à titre principal, et de façon moins virulente aux actions directes⁵. L'auteur estimait en revanche qu'au-delà des sûretés au sens strict, la jurisprudence était très sévère, voire un peu trop, avec les autres techniques « à effet de sûreté » dans le droit des procédures collectives⁶. Les sûretés au sens fonctionnel du terme – ou sûretés *lato sensu* – méritent donc d'être qualifiées de garanties réelles et ne peuvent être

¹ Selon la belle formule retenue par Mme Catala-Franjou, « fondé à prolonger son emprise sur un bien qui ne lui appartient pas, le créancier trouve dans cette faculté un moyen de contrainte pour amener son débiteur à Canossa » (« De la nature juridique du droit de rétention », *RTD Civ.* 1967. 9, n° 1, p. 10).

² Art. 2286 C. civ., *in fine*.

³ Rapp. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 622, p. 467 : « le droit de rétention ne répond pas aux critères fondamentaux de la notion : l'affectation d'un bien au paiement préférentiel d'une créance. Sans doute la rétention peut-elle provoquer un tel paiement, mais ce résultat n'est atteint que par ricochet ; il n'est pas inhérent à la nature du droit de rétention ; il n'est pas le fruit d'une affectation exclusive ou prioritaire. Une double constatation le montre bien : le paiement est obtenu sans que la valeur de la chose ne soit jamais dégagée et, le cas échéant, la chose peut être sans valeur intrinsèque » ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 72, p. 67 : « La sûreté donne toujours au minimum un pouvoir d'action au créancier, et la sûreté réelle se traduit par un droit de prélèvement préférentiel de la valeur d'un ou plusieurs biens répondant de la dette. Or, le droit de rétention ne correspond à aucun de ces caractères. Ce n'est pas un pouvoir d'action, mais un pouvoir d'inertie lié à la situation du détenteur, un droit d'expression passive. On peut même le qualifier de droit d'expression négative. C'est un « pouvoir de dire non », de refuser la restitution et de se soustraire au concours avec les autres créanciers » ; Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 301, p. 363 : « le droit de rétention présente [...] d'étroites affinités avec les sûretés. Sans doute y manque-t-il cet élément caractéristique que constitue l'affectation préférentielle de la valeur du bien. Mais certains caractères communs (spécialité, indivisibilité...) les rapprochent, de même que leur finalité. Comme les sûretés, le droit de rétention est un mécanisme de garantie, et il n'est que cela. Pour cette raison, il leur est indissolublement lié et ne saurait être étudié indépendamment d'elles ».

⁴ C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », art. précité, spé. n° 12 et s., p. 538 et s., ainsi que n° 36 et s., p. 552 et s.

⁵ *Ibid.*, n° 11, pp. 537-538.

⁶ *Ibid.*, n° 21, p. 542 et s.

étudiées à titre principal au sein de cette étude, sans que l'on s'interdise, bien entendu, d'en faire mention si les besoins du raisonnement l'exigent. Le point de départ de ce travail est donc le suivant : partant de la définition des sûretés réelles comme affectations de biens au paiement préférentiel ou exclusif d'une créance¹, seront considérées – pour le moment – comme des sûretés toutes les techniques citées dans le Livre IV du Code civil, ce qui impose de s'intéresser aux sûretés traditionnelles – gages, nantissements, hypothèques, privilèges – comme aux propriétés-sûretés – crédit-bail, clause de réserve de propriété, fiducies – et au droit de rétention qui, bien qu'il ne possède pas la nature d'une sûreté, n'en est pas moins prévu à l'article 2286 du Code civil appartenant au Livre IV consacré aux sûretés. La question des actions directes demeure en suspens et sera traitée plus tard². Le bien-fondé de l'approche conceptuelle peut être immédiatement vérifié par une présentation sommaire des grandes évolutions ayant secoué le droit des sûretés réelles : c'est avec la généralisation du recours à l'exclusivité que le droit des sûretés réelles a sombré dans l'incohérence.

18. Le raffinement constant de la technique des sûretés réelles. L'histoire des sûretés réelles est celle d'un perfectionnement constant des techniques d'affectation de biens en garantie du paiement d'une dette. A l'origine, alors qu'il était difficile de distinguer la personne de son patrimoine, le corps du débiteur servait de garantie à son créancier. A Rome, le créancier impayé pouvait ainsi réduire son débiteur en esclavage et le vendre au-delà du Tibre grâce à la technique du *nexum*³. A l'époque moderne, il est encore possible de constater des occurrences de cette pratique au sein de communautés qui ne sont pas encore converties à l'économie de marché⁴. Par la suite, les sûretés réelles ont pu prendre leur essor lorsque l'exécution sur les biens du débiteur défaillant est devenue la norme. La première d'entre elles, et aussi la plus primitive, était la *fiducia cum creditore*. Elle consistait en un véritable transfert de propriété du

¹ V. l'art. 2286-1, al. 2 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant.

² V. *infra*, n° 887 et s.

³ V. not. P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 8^e éd., 2003, p. 511 et s., selon lequel le *nexum* accordait au créancier « le droit de procéder au bout du délai légal de trente jours à la legis actio per manus injectionem qui, faute de paiement ou d'intervention du vindex, aboutit à la conduite du débiteur dans la prison domestique du créancier pour un nouveau délai de soixante jours au bout duquel, faute de paiement ou d'arrangement amiable, le créancier a le droit de tuer le débiteur ou de le vendre au-delà du Tibre [...] Conformément à un phénomène dont il y a des exemples dans beaucoup de civilisations archaïques, le créancier par *nexum* peut procéder à l'exécution sur la personne en vertu de son contrat ».

⁴ V. D. Graeber, *Dette – 5000 ans d'histoire*, Babel, 2013, p. 16 et s., racontant que, dans les années 1970, l'anthropologue français Jean-Claude Galey a rencontré un peuple de l'Est de l'Himalaya divisé en deux « castes », la caste inférieure vivant dans la dépendance économique de la caste supérieure. Les femmes de la classe sociale la moins favorisée servaient souvent de garantie d'exécution des obligations, les riches prêteurs faisant d'elles leurs concubines avant de les envoyer se prostituer dans les camps de bûcherons des alentours afin de se rembourser sur les revenus de leur activité.

bien du débiteur à son créancier, un pacte adjoint obligeant ce dernier à le restituer en cas de paiement à l'échéance. La liste des inconvénients présentés par cette garantie était longue : gaspillage du crédit du constituant, le bien ne pouvant être affecté à la garantie d'un nouveau crédit ; insécurité du débiteur, le créancier plein propriétaire pouvant disposer du bien ; perte de la possession du bien, sauf stipulation d'une convention de location... l'on comprend aisément les raisons qui ont poussé les Romains à développer d'autres techniques de garantie.

19. Ce fut d'abord le gage – *pignus* –, qui reposait sur le transfert de la seule possession du bien grevé, privant toujours le débiteur de la possibilité de tirer parti des utilités de son bien, et affaiblissant la protection du créancier simple possesseur et non plus propriétaire. Ce fut ensuite l'hypothèque, sûreté présentant le moins de défauts : en laissant le bien entre les mains du débiteur, elle permettait à la fois la constitution de plusieurs garanties sur le même bien et ne privait pas le débiteur de la possibilité de continuer à s'en servir ; par ailleurs, elle offrait une action réelle au créancier, une *vindicatio pignoris* l'habilitant à agir contre les tiers acquéreurs du bien hypothéqué. C'est ainsi que l'hypothèque romaine constitue le degré ultime de raffinement de l'esprit juridique de l'époque, qui a permis l'évolution de la technique de garantie d'un grossier transfert de propriété jusqu'à la simple affectation d'un bien, investissant le créancier hypothécaire du droit de vendre le bien grevé en cas de défaillance du débiteur, par la stipulation d'une clause lui conférant le *jus distrahendi*, devenue petit à petit une clause de style, puis un droit inhérent à l'hypothèque¹.

20. L'époque moderne a connu une évolution similaire du contrat de gage. Alors que le Code civil obligeait le constituant à se déposséder du bien gagé et à le remettre à son créancier, cette exigence anti-économique est devenue incompatible avec les nécessités de la vie des affaires. Le législateur a donc décidé d'instituer de multiples gages sans dépossession, sous la forme de nombreux warrants, du gage automobile, du « nantissement » du matériel et de l'outillage, mais aussi d'une foule d'hypothèques mobilières, toujours en vigueur aujourd'hui². L'évolution des sûretés réelles, jusqu'à une époque récente, consistait donc à rendre la

¹ Sur l'évolution des sûretés réelles à l'époque romaine, v. E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains*, LGDJ, 1917, p. 661 et s., ou encore P. F. Girard, *op. cit.*, p. 814 et s.

² Les différents gages sans dépossession n'ont toujours pas été abrogés, alors pourtant qu'un gage sans dépossession de droit commun a été introduit dans le Code civil à la faveur de la réforme du 23 mars 2006. L'éclatement du droit des sûretés mobilières est pourtant dangereux, tant il le rend illisible, v. *infra*, n° 779 et s.

constitution de la garantie toujours plus indolore pour le débiteur, tout en assurant une protection efficace du créancier par l'octroi d'un droit de préférence¹.

21. Coïncidence initiale des objectifs des sûretés et des procédures collectives.

Jusqu'aux années 1960, le droit des sûretés et celui des procédures collectives vivaient dans une parfaite harmonie. Les sûretés, on le sait, ont pour fonction la consolidation de la position du créancier d'une obligation monétaire à terme. Grâce à l'hypothèque et aux multiples gages sans dépossession, cet objectif pouvait être atteint en laissant à la disposition du débiteur les biens indispensables à l'exploitation de son activité professionnelle. Si, par malheur, une procédure collective devait être ouverte à son encontre, le créancier n'avait qu'à réaliser sa sûreté afin d'être désintéressé. C'est que les procédures collectives ne visaient que la sanction des débiteurs incompetents ou malhonnêtes tombés en « faillite » et le paiement des créanciers². Il s'agissait de procédures de distribution, devant obéir à deux grands principes : d'abord, le respect des causes légitimes de préférence, ce qui impliquait de laisser les titulaires de sûretés réelles mettre librement en œuvre leurs prérogatives³ ; ensuite, le respect de l'égalité entre les créanciers chirographaires, le reliquat devant leur être versé au marc-le-franc⁴. Le tableau était

¹ On a ainsi pu dire de l'hypothèque qu'il s'agissait d'un « véritable aboutissement », d'un « bijou de technique juridique, qui concilie savamment les intérêts du constituant, du créancier et des tiers » (C. Gijssbers, « Dix ans après : l'hypothèque immobilière revivifiée ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 1, p. 163).

² A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^e éd., 2019, n° 1-2, p. 1 : « Le législateur est intervenu très tôt pour sanctionner et éliminer les débiteurs défaillants – entendus comme ceux qui ont « failli » en trompant la confiance de leurs créanciers – avant d'évoluer ultérieurement vers des objectifs beaucoup plus nuancés. Cette évolution ressort des termes mêmes utilisés pour qualifier le droit applicable. Le droit de la faillite – ou droit des procédures collectives – était, dans la tradition juridique française, réservé aux seuls commerçants en état de cessation des paiements. Par exception au droit commun, leur patrimoine faisait l'objet d'un règlement global dans le cadre d'une procédure judiciaire qui s'imposait à eux comme à l'ensemble des créanciers : de là vient l'expression procédures collectives, par opposition aux procédures civiles d'exécution, les saisies, qui sont des procédures individuelles et partielles » ; J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Etudes offertes au Professeur Roger Houin – Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 110-111 : « la protection du crédit, l'élimination et la répression des débiteurs insolubles, l'organisation de la sauvegarde des droits des créanciers et leur égalité ont constitué les finalités originelles du droit des faillites » ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 11^e éd., 2018, n° 2, p. 15 : « jusqu'aux réformes réalisées par les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, les dispositions applicables aux commerçants qui ne pouvaient payer leurs dettes étaient principalement axées sur leur règlement. Il s'agissait de mettre en place une procédure organisée et collective de paiement du passif [...] La faillite apparaît alors comme une procédure judiciaire réglementée, collective et égalitaire, regroupant tous les créanciers afin de les payer en proportion de leurs créances. La spécificité des affaires impose une telle organisation : le banc du commerçant est rompu (banqueroute) quand il faillit au paiement. Il faut saisir ses biens pour protéger le crédit et éviter des défaillances en chaîne. La faillite est donc un droit du paiement préservant un caractère répressif marqué car il est nécessaire de punir celui qui compromet le crédit. Elle poursuit une double fonction de règlement des créances et d'assainissement du commerce ».

³ Entre autres, v. C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020, n° 25 et s., p. 27 et s.

⁴ Rapp. B. Soinne, « Le bateau ivre », *LPA* 14 mai 1997, p. 12 et s., n° 2 : « L'égalité fait partie de la notion même de morale. La règle est le fondement même de l'existence d'une procédure collective. Elle aboutit à créer une certaine solidarité entre les acteurs.

idyllique du point de vue des créanciers, et un certain équilibre entre les intérêts des parties avait été atteint. Le débiteur exerçait ainsi librement son activité jusqu'à sa défaillance. A compter de cette date, les créanciers étaient autorisés à poursuivre le remboursement de leurs créances. La protection des intérêts jugés les plus impérieux par le législateur, qui se manifeste sous la forme du classement légal des droits de préférence, trouvait systématiquement à s'appliquer¹. Cet Âge d'or des créanciers a pris fin lorsque le législateur a décidé de multiplier les privilèges profitant au Trésor Public et à la Sécurité Sociale, portant un coup sévère à l'efficacité des sûretés préférentielles mobilières². En conséquence, la jurisprudence a progressivement étendu le domaine de l'attribution judiciaire, initialement réservée au créancier gagiste du Code civil, à tous les bénéficiaires de gages spéciaux, afin de leur permettre de contourner le classement légal et de pouvoir être payés malgré le poids toujours croissant des privilèges étatiques³. Le développement de cette prérogative exclusive, dans le but de sauver les sûretés préférentielles, s'analyse *a posteriori* comme le prélude à l'écrasement total du droit de préférence.

22. La régression récente vers des sûretés frustes. En effet, le droit des sûretés constitue un exemple de choix pour illustrer les « tendances régressives du droit contemporain » décrites par Oppetit⁴. Alors qu'auparavant, les sûretés préférentielles dominaient la matière, ce

Le produit obtenu est partagé également. La situation est la même pour tous. Chacun a donc intérêt à ce que ce produit soit le plus élevé possible. Sans elle, la procédure collective ne mérite plus d'exister et dérive insensiblement vers une procédure d'exécution purement et strictement individuelle. En ce cas, chacun doit se montrer le plus malin, le plus rapide ou le plus astucieux, avec pour seul objectif de parvenir à ses fins dans les délais les plus brefs, sans souci des autres et de ce qu'il advient du débiteur et de son entreprise [...] L'égalité est l'âme des procédures collectives ».

¹ La multiplication des titulaires de sûretés, munis de droits de préférence de rangs distincts, « oblige à un choix de politique législative afin de savoir quel est le crédit qui l'emporte : le crédit social – par exemple, celui des salariés –, le crédit familial – par exemple, celui des subsistances ou du bailleur –, le crédit général – par exemple, celui du fisc et de la Sécurité sociale – le crédit commercial – par exemple, celui du vendeur à crédit ou du gagiste –, etc. » (L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 401, p. 238).

² V. not. J. Hémar, « La restauration des droits du créancier gagiste en matière commerciale par la jurisprudence française », in *Mélanges Roger Secrétan*, Imprimerie Corbaz, 1964, n° 5, pp. 97-98.

³ Y. Guyon, n. sous Com., 31 mai 1960, *D.* 1960, p. 602 : « un certain malaise demeure, car les deux termes de l'option ouverte au créancier ne sont pas équivalents. Le gagiste, par sa seule volonté de s'approprier l'objet nanti, trouve le moyen commode de frustrer les créanciers privilégiés d'un rang préférable. Mais s'il y a une incohérence, elle est imputable au législateur, non à la jurisprudence. D'ailleurs, si la solution contraire avait prévalu devant la Cour de cassation, c'en était fini du gage commercial » ; D. Prady, *L'appropriation du gage par le créancier gagiste*, th. Paris, 1960, pp. 182-183, estimait que, si la faculté d'attribution judiciaire présentait peu d'intérêt en 1804, « le problème est tout différent aujourd'hui, depuis que les créances fiscales ont pris l'importance véritablement exorbitante et excessive que nous leur connaissons et l'attribution du gage au créancier a un tout autre intérêt depuis qu'elle est devenue une voie de salut pour le créancier gagiste en lui permettant de faire échec à son puissant rival, le fisc. C'est ainsi que la question de l'attribution du gage au créancier a pris un aspect tout différent de celui qu'elle avait à l'origine, puisqu'elle est maintenant au centre de la discussion qui oppose le Trésor aux créanciers gagistes » ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019, n° 293, p. 357 et s.

⁴ B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s.

qui permettait à chaque créancier de prendre ce qui lui était dû, puis de laisser les créanciers moins bien classés se répartir le reliquat du prix de vente du bien, les droits exclusifs ont essaimé à l'époque contemporaine jusqu'à devenir largement dominants. L'ordonnance du 23 mars 2006 a ainsi effectué un pas supplémentaire par rapport à la jurisprudence précédente en octroyant la faculté d'attribution judiciaire – et celle de recourir à l'attribution conventionnelle *via* la conclusion d'un pacte comissoire – à tout titulaire d'une sûreté conventionnelle. Le salut du créancier muni d'une sûreté préférentielle ne repose alors plus sur le respect du classement, mais sur son éviction.

23. Ce mouvement ne s'est cependant pas limité au renforcement des prérogatives des titulaires de sûretés préférentielles : l'opposabilité de la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives a été reconnue par la loi Dubanchet du 12 mai 1980, alors que la fiducie, que l'on croyait définitivement enterrée avec la disparition de la *fiducia* romaine, a ressurgi des limbes juridiques dans le droit bancaire et financier d'abord – et notamment par la loi Dailly du 2 janvier 1981 – avant d'être généralisée par la loi du 19 février 2007 et de trouver sa place aux articles 2011 et suivants du Code civil. C'est enfin le droit de rétention, « *acte de justice privée, survivance de l'époque lointaine où la force constituait la seule règle qui gouvernait les rapports entre les hommes* »¹, qui ne cesse d'étendre son empire, une telle prérogative ayant été reconnue par loi du 4 août 2008 à tout bénéficiaire d'un gage sans dépossession. Propriété réservée, propriété cédée à titre de garantie, attribution judiciaire et pacte comissoire généralisés, droit de rétention : l'exclusivité est implacable et son emprise grandissante sur le droit des sûretés inarrêtable. Quelle que soit la sûreté considérée, si le créancier obtient son paiement, il y a de bonnes chances que ce soit le résultat de la mise en œuvre d'un droit exclusif. Mais pourquoi un tel retour en arrière ? Pourquoi constituer des garanties reposant sur la mainmise du créancier ou sur le recours au droit de propriété, alors que le progrès constant du

¹ F. Derrida, « La « dématérialisation » du droit de rétention », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, n° 2, p. 178. On peut également laisser la parole à A. Derrida, qui estimait que « *le rétenteur n'invoque pas un droit officiellement octroyé ou reconnu par le législateur, il se retranche au contraire derrière sa situation et asseoit sur le fait de sa détention, son attitude rebelle à toute composition ; tout comme le fait s'oppose au droit et la quasi-possession à la possession, le droit de rétention s'oppose au raisonnement juridique et au principe de soumission à la loi ; le rétenteur se fait justice lui-même sans rien attendre de la loi, sans rien en craindre non plus ; à l'abri derrière sa détention, il peut impunément méconnaître la loi qui protège la propriété de son débiteur, mais qui est impuissante contre lui* » (*Recherches sur le fondement du droit de rétention*, th. Alger, 1940, p. 33), et ajoutait par ailleurs que « *l'autorité publique est obligée de laisser subsister cet acte extra-légal en quelque sorte, mais qu'on ne vienne pas lui demander son aide pour le conforter. Ainsi le droit de rétention ne connaît pas les obstacles nés d'une organisation quelconque, mais aussi il est privé du secours que cette organisation lui apporterait* » (pp. 185-186).

droit des sûretés poussait les créanciers à favoriser l'affectation d'un bien du débiteur en gênant au minimum ses activités ? La réponse se situe dans les bouleversements qui ont affecté le droit des procédures collectives à la fin du XX^e siècle¹.

24. Divergence contemporaine des objectifs des sûretés et des procédures collectives². L'entreprise s'étant imposée au fil du temps comme une entité autonome et un acteur incontournable de l'économie, le cantonnement du droit des procédures collectives à ses fonctions traditionnelles de répression et de paiement – le « *terrorisme commercial* », a-t-on pu écrire³ – est apparu dépassé au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle⁴. C'est d'abord l'aspect répressif qui a été relégué au second plan par la loi du 13 juillet 1967, mettant en valeur l'idée que « l'homme » doit être distingué de l'entreprise⁵, ce qui a pour conséquence que tous

¹ V. not. F. Macorig-Venier, « L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans », art. précité, n° 24 et s.

² Les métaphores guerrières ne manquent pas pour décrire l'affrontement des procédures collectives et des sûretés. Nous n'en citerons que deux, particulièrement évocatrices : leur confrontation « *tient de la rivalité millénaire du glaive et du bouclier* » (Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP G* 2009. I. 110, n° 40) ou rappelle « *quelque chose de la vieille rivalité entre le canon et la muraille* » (J.-L. Vallens, « Publicité et information en matière de sûretés », *LPA* 20 sept. 2000, p. 5 et s.).

³ J. Foyer, « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », in *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Etudes à la mémoire du Doyen Pierre Azard*, Cujas, 1980, n° 3, p. 56.

⁴ C'est ce qui ressort du discours du Garde des Sceaux en poste à l'époque de la promulgation de la loi du 25 janvier 1985, v. R. Badinter, « Les ambitions du législateur », *RTD Com.* n° spé. 1986, p. 4 : « *Un long moment, j'ai souhaité que la révision de notre droit des sûretés fût un préliminaire ou une partie indispensable de la réforme des procédures collectives. Mais le temps pressait : j'ai voulu qu'un pas de plus soit franchi dans la conception juridique de l'entreprise. C'est sur ce terrain que se construira d'ailleurs un droit moderne des sûretés* », puis pp. 5-6 : « *le droit des entreprises en difficulté est un droit au carrefour de plusieurs disciplines juridiques. Ces intérêts multiples et contradictoires, il faut leur permettre de s'exprimer ; il faut les ordonner. Leur épiscentre, leur point nodal, c'est l'entreprise. C'est donc sa sauvegarde qui est la fin assignée à la procédure de redressement judiciaire, avec ce qu'elle seule assure, c'est-à-dire la protection du crédit et le maintien de l'emploi* ». V. également M. Cabrillac, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », in *Le rôle du juge en présence de problèmes économiques*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XXII, Dalloz, 1970, p. 154 : « *L'existence de l'entreprise est devenue une question d'intérêt collectif, que cet intérêt se situe à l'échelle nationale, régionale, voire locale. Ceci s'explique généralement par la taille prise par l'entreprise, par l'enchevêtrement accru entre toutes les cellules de l'appareil de production et de distribution, par les efforts faits en faveur d'une organisation économique plus humaine et plus cohérente dans laquelle l'emploi devrait être assuré et les distorsions régionales évitées. Dans cette perspective, le juge commercial est conduit, lorsqu'il lui est soumis un conflit d'intérêts privés, à prendre en considération le sort de l'entreprise. Là où le problème pourrait n'être que juridique, l'intérêt général tend à le déplacer sur le terrain économique* », ainsi que Ph. Roussel-Galle et J.-L. Vallens, « Le paiement dans les procédures collectives », in M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, p. 205 : « *Les buts des procédures collectives sont, suivant le droit français traditionnel hérité du droit romain, le paiement des créanciers par une répartition du produit de la vente organisée et collective des biens du débiteur failli. Le paiement se fait, en principe, par une répartition égalitaire, selon le principe traditionnel d'égalité, mais sous réserve des privilèges, causes légales de préférence [...] Oublions cela : le droit contemporain est plus sophistiqué, plus volontariste, plus économique que moral. Il manifeste l'intervention judiciaire sur le marché pour y organiser le traitement de la défaillance des entreprises, de manière à intégrer plusieurs objectifs, parfois divergents : le paiement, désormais appelé apurement du passif (ce qui implique notamment que le passif n'est pas payé nécessairement), le maintien d'activités et un certain niveau d'emploi, si l'entreprise paraît rentable* ».

⁵ Pour une étude générale du phénomène de la dissociation entre homme et entreprise, v. M. Despax, *L'entreprise et le droit*, préf. G. Marty, avant-propos H. Solus, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. I, 1957, n° 11 et s., p. 13 et s. L'auteur aboutit ainsi à une définition de l'entreprise comme « *un organisme autonome formé par l'union intime de deux cellules qui en sont les composantes : la cellule économique, rassemblant les éléments matériels nécessaires à l'œuvre de production, la cellule sociale, composée des éléments humains nécessaires à la mise en œuvre des éléments matériels de la cellule économique* ».

les moyens doivent être mis en œuvre afin de sauver l'entreprise viable se trouvant dans une situation délicate du fait des agissements d'un dirigeant incompetent ou malhonnête¹.

25. C'est ensuite la loi du 25 janvier 1985 qui a rétrogradé le paiement des créanciers dans la hiérarchie des buts poursuivis par le Livre VI du Code de commerce : son article premier énonçait clairement que la procédure de redressement judiciaire doit « *permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* »². D'une part, les auteurs s'accordent pour affirmer que l'apurement du passif est considéré comme l'objectif de moindre importance et, d'autre part, « apurer » ne signifie pas « payer », mais simplement « faire disparaître », ce qui peut résulter des sacrifices imposés aux créanciers ou des effacements de dettes lorsque la situation du débiteur s'est irrémédiablement détériorée³. Pour les titulaires de sûretés préférentielles, la distinction des procédures de restructuration, visant à titre principal à sauver l'entreprise, et des procédures liquidatives, dans lesquelles seul le paiement des créanciers compte, est essentiellement théorique. En effet, alors qu'ils devraient pouvoir être remplis de leurs droits lorsque la situation du débiteur est définitivement obérée,

¹ Cette loi n'est toutefois pas allée au bout de ses idées, et n'a donc pas marqué de changement de cap très accusé, v. A. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, n° 5, p. 473 : « *L'ambiguïté de la loi de 1967 résulte de ce qu'elle n'a pas clairement défini les finalités des procédures collectives. Partagée entre l'objectif classique d'assurer le paiement des créanciers et la volonté moderne de permettre la survie de l'entreprise, la loi tente de réaliser un compromis. C'est pourquoi elle s'attache au sauvetage non pas de l'entreprise économiquement viable, mais de celle qui « paraît susceptible de redressement après règlement des créanciers ». Ce faisant, le législateur confond effectivement débiteur et entreprise et, du même coup, peint en trompe-l'œil le principe de la séparation entre l'homme et l'entreprise* ». V., plus globalement, J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », art. précité, p. 113 : « *Si c'est la défaillance de l'entreprise qui met en péril les intérêts dont elle est la cause ou l'objet, c'est l'entreprise qui doit être au centre du droit des faillites. Si l'entreprise n'est pas défaillante, aucun de ces intérêts n'est en péril. Sa bonne santé est donc le plus grand dénominateur commun des intérêts qu'elle met en cause. Sa protection devient l'une des finalités du droit des entreprises en difficulté* », ainsi que p. 115 : « *Cette idée de protéger l'entreprise – et donc de tenir compte de son intérêt – ne procède en rien d'une vision technocratique des réalités, ou d'une quelconque déviation de juriste désireux de faire prévaloir l'économie sur le droit, ou d'une perverse inspiration politique... Elle découle de constatations des plus banales et d'un très élémentaire bon sens : quand l'entreprise fonctionne normalement, les créanciers sont payés, le crédit est sauvegardé, le débiteur est honorable, les salariés ont un emploi, les actionnaires conservent leur argent, les collectivités et l'Etat perçoivent leurs impôts et leurs taxes, les fournisseurs conservent leurs marchés, les clients leurs approvisionnements... Il faut donc impérativement préserver l'entreprise contre les atteintes dont elles pourraient être l'objet, quels que soient leurs auteurs et leurs causes* ». On a même affirmé que, bien loin de constituer une sanction du débiteur, l'ouverture d'une procédure collective apparaît parfois comme une faveur qui lui est faite, v. F. Pérochon, « Le « bénéfice » sélectif de la procédure collective », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 401 et s.

² De ce point de vue, rien n'a changé avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les objectifs poursuivis par les procédures de sauvegarde et de redressement, énoncés aux art. L. 620-1, al. 1 et L. 631-1, al. 2 C. com, étant, avec d'infimes variations en ce qui concerne le second texte, « *la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ». La rédaction de ces textes indique clairement que « *la fonction première [du droit des procédures collectives] qui est d'assurer le paiement des créanciers a été mise en échec, malgré les réformes successives. En fixant comme troisième objectif l'apurement du passif, la loi du 25 janvier 1985 en a pris acte et signifié que le paiement partiel du passif n'est plus le résultat du mauvais fonctionnement de la procédure collective qui poursuit d'autres objectifs* » (F. Aubert, « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 377).

³ Certains vont même jusqu'à affirmer que « *le prétendu apurement du passif se traduit en réalité presque toujours par une véritable épuration des créanciers, plus ou moins tragique selon les circonstances* » (B. Berger-Perrin, « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif ? », *RPC* mai-juin 2012, dossier 16, n° 1).

la pression conjuguée des droits exclusifs précédemment cités et des privilèges¹ – qu'ils aient été institués dans le but de favoriser le maintien de l'activité ou qu'ils préexistent à l'ouverture de la procédure, notamment en ce qui concerne le Trésor Public et la Sécurité Sociale – leur situation tend inexorablement à se rapprocher des simples chirographaires, condamnés à se partager un bien maigre reliquat si les titulaires de droits plus énergiques leur en laissent un²... Ce sont donc les titulaires d'un droit de préférence, jadis assurés d'obtenir leur paiement dans la faillite du débiteur, qui ont payé le lourd tribut inhérent au changement de paradigme opéré par le législateur des procédures collectives³.

26. Les sûretés réelles à la croisée des chemins. Ce changement n'est pas neutre. Le remplacement du droit de préférence par les droits exclusifs est loin d'être indolore. Là où les sûretés préférentielles sans dépossession laissaient le débiteur libre de poursuivre son activité économique malgré son entrée dans une zone de turbulences, les droits exclusifs tendent à le déposséder de biens indispensables à la poursuite de son activité. Les droits de rétention et les fiducies sans convention de mise à disposition placent littéralement le débiteur sous la coupe de leurs bénéficiaires, fondés à conserver le bien, voire à se l'approprier, si le débiteur ne paie pas intégralement sa créance dès son échéance. Les créanciers-proprétaires, comme le crédit-bailleur et le vendeur réservataire, peuvent revendiquer leurs biens si le débiteur ne paie pas régulièrement ce qu'il leur doit à compter de l'ouverture de la procédure collective. En bref, l'on peut constater que l'appareil de production peut être sévèrement amputé du fait de la mise en œuvre des droits exclusifs à l'ouverture de la procédure.

¹ Le Président Ferrari estimait ainsi, dès la fin des années 1970, que « *le droit égalitaire des foires de jadis est devenu... la foire aux privilèges* » (« Allocution du Président Ferrari », in *L'égalité compromise par la multiplication des privilèges – XVII^e congrès des syndics et administrateurs*, Gaz. Pal. 7 déc. 1978, p. 608).

² Ph. Roussel-Galle et F. Pérochon, « Sûretés et procédures collectives, le couple infernal », *RPC* janv.-fév. 2016, dossier 12, n° 4 : « *avec la réduction des actifs des entreprises et notamment l'augmentation des créances superprivilégiées, le rang accordé aux sûretés réelles classiques, si favorable soit-il, n'est pas nécessairement efficace. Et on ne cesse donc de constater et souvent de déplorer cette situation qui conduit les créanciers à rechercher des mécanismes divers leur permettant d'échapper à tout classement* » ; C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 135, p. 183 : « *le droit de préférence, longtemps Graal des créanciers, a progressivement perdu de sa superbe, malmené tout autant par l'évolution des procédures collectives que par l'expansion des privilèges* ».

³ P.-M. Le Corre, « L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté », in F. Macorig-Venier (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 221 : « *L'écrasement du droit des sûretés n'existe que pour autant que la sûreté ne confère pas à son titulaire une situation d'exclusivité* » ; C. Mouly, « La situation des créanciers antérieurs », in *Le redressement judiciaire de l'entreprise*, *RJ Com.* n° spé. 1987, n° 28, p. 146 : « *Merveilleux outil de crédit et fruit du raffinement intellectuel, l'hypothèque a été victime de sa vulgarisation. L'aveuglement législatif à l'encontre des créanciers assure aujourd'hui, sur les cendres de l'hypothèque, le triomphe des sûretés frustes* » ». V., déjà, L. Aynès, « Les garanties du financement – Rapport de synthèse présenté au 32^e Congrès des notaires », art. précité, n° 2, p. 911 : « *après la force obligatoire, l'efficacité des sûretés réelles se trouve primée par les privilèges, puis suspendue, puis anéantie. A quoi bon se munir d'une sûreté ?* »

27. Mais ce n'est pas tout : en l'absence de droit de suite, les tiers, créanciers concurrents dépourvus de droits exclusifs, subissent également de plein fouet le tropisme pour l'exclusivité. Là où le droit de préférence constitue une technique de garantie parfaitement équilibrée, permettant d'assurer le respect de la hiérarchie des intérêts protégés en attribuant à chaque créancier un rang au sein du classement légal, à faire valoir en cas de concours opposant les différents participants à une opération de distribution, l'exclusivité est bien plus brutale. Mettant à l'écart le concours, elle permet au créancier qui en bénéficie de passer outre le classement légal et d'appréhender directement, sans se soucier des droits des autres créanciers, la valeur de l'assiette de sa garantie. Là où le classement favorise le paiement du créancier de meilleur rang en bloquant temporairement l'accès de ses concurrents moins favorisés à la valeur du bien grevé¹, l'exclusivité les évince purement et simplement et ils ne peuvent espérer appréhender le reliquat de cette valeur qu'à titre chirographaire. Les choix de politique législative qui trouvaient leur expression dans le classement légal des droits de préférence sont rayés d'un trait de plume² : ce n'est pas le créancier jugé le plus digne par le législateur qui l'emporte, mais celui qui exerce l'emprise la plus forte sur le bien grevé. Les privilèges, qui avaient fortement contribué à saper l'efficacité du droit de préférence, perdent à leur tour toute leur vigueur. Le tableau actuel est donc extrêmement sombre, les créanciers se ruant sur les techniques de paiement les moins raffinées, les plus à même de nuire tant aux intérêts du débiteur qu'à ceux des tiers³.

28. Exclusivité ou préférence, il faut choisir. Les incohérences du droit positif sont éclatantes, étant donné qu'il laisse coexister deux systèmes de garantie totalement

¹ S. Fucini, *La priorité en droit privé*, préf. S. Cimamonti, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 183, 2019, n° 200, p. 150 : « Le classement n'a pas pour effet de bloquer totalement les prétentions non prioritaires, mais seulement de subordonner leur mise en œuvre à la mise en œuvre de la prétention prioritaire ». Le paiement des créanciers de rang inférieur est donc bloqué temporairement, le temps que le bénéficiaire de sûreté le mieux classé soit rempli de ses droits. Une fois qu'il a été intégralement désintéressé, le blocage prend fin et les créanciers de rang inférieur peuvent exercer leurs prérogatives, et ainsi de suite, dans la limite de la contre-valeur du bien grevé.

² Ce constat a déjà pu être formulé au sujet de l'inapplicabilité d'un grand nombre de règles d'ordre public aux droits exclusifs, v. N. Borga, th. précitée, n° 205 et s., p. 204 et s.

³ Rappr. N. Martial-Braz, « L'approche unitaire des sûretés mobilières, solution pour le droit français ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 3, p. 38 : « La soumission du droit des sûretés au droit des procédures collectives contribue au dévoiement de la matière et justifie que la plupart des sûretés adaptées, des sûretés mesurées, des sûretés sophistiquées soient reléguées au second plan derrière des mécanismes basiques et frustes, à l'instar de la propriété-sûreté et du droit de rétention, mais indéniablement très efficaces en cas d'ouverture d'une procédure collective pour placer son titulaire dans une position privilégiée par laquelle il échappe au concours et à la discipline collective ».

antithétiques¹ : les sûretés préférentielles, dont le but est de limiter autant que possible les conséquences de la constitution de la garantie sur le constituant, tout en s'efforçant de respecter les droits des tiers tels qu'ils sont prévus au sein classement institué par le législateur, et donc la prévisibilité des solutions, d'une part ; les droits exclusifs, octroyant bien davantage de pouvoirs aux créanciers, méconnaissant le classement légal par l'instauration de la « loi de la jungle », d'autre part². Une telle situation n'est pas tenable, tant il est difficile de concevoir l'existence de créanciers si altruistes qu'ils seraient prêts à recourir au droit de préférence par pure bonté d'âme, sans espoir d'être payés³...

29. Alors qu'une réforme se profile à l'horizon, il faut trancher : la sûreté réelle est soit un mécanisme de garantie équilibré, assurant à son titulaire un bon rang dans la distribution du produit de la vente de l'actif du débiteur, soit un droit intangible au paiement d'une certaine somme, quels que soient les événements qui se produisent au cours du laps de temps séparant la constitution de la sûreté de la défaillance du débiteur. L'avant-projet de l'Association Henri Capitant semble favoriser la seconde branche de l'alternative : il propose en effet tant la généralisation de la mise en œuvre des modes exclusifs de réalisation des sûretés préférentielles dans la liquidation judiciaire du débiteur que la consécration de deux nouvelles sûretés exclusives, le nantissement de monnaie scripturale et la cession de créance de droit commun à titre de garantie. A l'inverse, de nombreux observateurs du droit des sûretés réelles, écartelé

¹ C'est bien l'inconséquence du législateur qui laisse subsister le classement légal des droits de préférence tout en favorisant le recours à l'exclusivité qu'il s'agit de mettre en lumière et de critiquer, non le fait que le droit de préférence ne confère pas de droit acquis au paiement d'une certaine somme, v. M. Cabrillac, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n° 2-3, pp. 709-710 : « la finalité même du droit des sûretés le voue à une instabilité chronique. Visant à soustraire certains créanciers à la loi du concours, à opérer un classement entre eux, il est le lieu d'une tension constante, le champ de surenchères qui ne peuvent connaître de répit. Les catégories de créanciers les moins bien traitées ne cessent de combattre pour l'être mieux, alors que celles qui le sont mieux entendent ne pas s'effacer. De la sorte, l'arbitrage rendu par le législateur ne peut être que fragile, provisoire et menacé par l'ingéniosité de la pratique. Certains ont évoqué une crise du droit des sûretés [...] Nous récusons ce diagnostic, car une crise est par définition passagère. Une sûreté déterminée peut être en crise ; le droit des sûretés ne peut pas l'être parce qu'il apporte des solutions forcément précaires à des conflits permanents. Il n'en reste pas moins que, à un moment donné comme, peut-on penser, celui que nous vivons, il peut être particulièrement délabré, ou inadapté, ou incohérent [...] Aujourd'hui plus que jamais, notre droit des sûretés réelles est une construction baroque et on ne peut se hasarder à prédire qu'elle le deviendra plus encore ou qu'elle évoluera vers la simplicité ».

² Comp., déjà, J. Stoufflet, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, n° 5, pp. 321-322 : « en se faisant reconnaître un droit de propriété sur un bien du débiteur, un créancier va s'assurer une priorité sur tous les autres créanciers, y compris ceux que la loi a privilégiés : Trésor Public, salariés... Est-ce admissible ? Peut-on admettre un bouleversement des priorités établies par la loi pour des raisons d'intérêt public ? Là est sans doute, au fond, la question essentielle ».

³ Il est ainsi particulièrement parlant que, lorsqu'il lui a été demandé de traiter des garanties efficaces en procédure collective, l'un des premiers de réflexes de Mme Pérochon a été d'exclure du champ de son exposé les sûretés préférentielles (« Le choix de garanties efficaces », *BJE* sept. 2010, p. 321 et s., n° 3).

entre ses deux pôles, ont émis l'idée que la réapparition de la cohérence devait nécessairement passer par le retour en force du droit de préférence¹. Après tout, si le droit des sûretés réelles est devenu illisible avec son écrasement, il n'est pas absurde d'envisager que la restauration de son efficacité constitue la clé de l'instauration d'un nouvel équilibre entre l'intérêt du créancier, l'intérêt du débiteur, l'intérêt des tiers et l'intérêt général. Il faudrait alors que le droit de préférence, et non seulement le droit exclusif, constitue une garantie efficace. C'est en ce sens que se prononcera cette étude, qui va prendre la forme d'une théorie générale, outil le plus approprié qui soit aux fins de proposer un changement du paradigme structurant le droit des sûretés réelles.

II) La marche à suivre : une théorie générale

30. Définition de la théorie générale. Il est essentiel de débiter par la dissipation d'un malentendu : théorie générale et droit commun ne sont pas des synonymes. Si certains auteurs ont parfois paru commettre cette confusion, appelant de leurs vœux l'édification d'une théorie générale des sûretés réelles à laquelle ils donnent les traits d'un rassemblement des principes communs à toutes ces techniques de garantie², les termes doivent être distingués. En effet, la

¹ Sans souci d'exhaustivité, on peut ainsi citer L. Andreu, « La simplification du droit des sûretés », in D. Bert, M. Chagny et A. Constantin (dir.), *La simplification du droit*, préf. J.-L. Debré, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, T. 15, 2015, n. 39, p. 204 : « S'il est vrai que l'histoire récente des propriétés-sûretés suggère plutôt leur incessante ascension, c'est, semble-t-il, pour des raisons contestables : permettre à certains créanciers de ne pas être soumis aux sacrifices qui leur seraient imposés s'ils avaient choisi une sûreté préférentielle. Leur disparition ne serait donc pas une grande perte car : ou bien on veut permettre aux créanciers d'être payés, et il suffit de permettre l'efficacité des sûretés préférentielles ; ou bien on veut paralyser leurs droits, par ex. au profit du redressement de l'entreprise débitrice, et leur suppression ne pourra que rendre plus cohérente notre législation » ; L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 603, p. 532 : « Ne serait-il pas plus cohérent, plus honnête, et préférable pour la prévisibilité des solutions, de revenir à la logique du concours et du classement en réhabilitant ouvertement les sûretés spéciales au détriment des privilèges généraux, mais aussi de l'exclusivité ? » ; C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 385, p. 395 : « L'avenir du droit des sûretés est peut-être là : dans un rehaussement de l'efficacité de l'hypothèque, du gage et du nantissement plutôt que dans la promotion vaine des propriétés-sûretés dont le régime semble condamné à multiplier les emprunts au régime beaucoup mieux adapté des sûretés traditionnelles » ; M. Grimaldi, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 26 juin 1996, p. 7 et s., n° 23 : « dans l'immédiat, un assainissement de la situation se conçoit sous la forme d'une alternative : - Ou bien, on considère que les sûretés-propriétés et le droit de rétention corrigent un affaiblissement injustifié des sûretés classiques, qu'ils procèdent d'une résistance légitime à l'oppression de la loi de la faillite, et l'on décide une restauration des sûretés traditionnelles [...] - Ou bien, on considère que les sûretés-propriétés et le droit de rétention assurent une priorité contraire à la hiérarchie voulue par la loi, et soit on les interdit, soit, eu égard à l'utilité qu'ils peuvent présenter par ailleurs (par exemple, pour la gestion du bien donné en garantie), on aligne leur rang sur celui des sûretés ordinaires : le droit néerlandais n'a-t-il pas mis la fiducie hors la loi et donné au privilège du Trésor public le pas sur la réserve de propriété ».

² V., entre autres, L. Aynès, « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport de synthèse », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 43, n° 3 : « C'est une démarche bien continentale à laquelle le droit des obligations nous invite : tout contrat a pour socle la

théorie générale est plus large que le seul droit commun, il s'agit même du « *droit commun savant, celui des amphithéâtres et des livres* »¹, selon la belle formule de M. Savaux. Là où le droit commun constitue un corps de règles effectivement applicables – du droit positif, donc –, la théorie générale s'analyse comme une œuvre de doctrine, une production de la science du droit. La positivité de la théorie générale n'est donc qu'un mythe qu'il s'agit de dissiper dès l'orée de cette étude². Sa création n'a pas pour objectif de rendre fidèlement compte du droit positif, mais bien plutôt de rechercher le « *bon droit* »³, ce qui revient à analyser en profondeur une institution donnée, la placer sous un microscope afin de pouvoir apprécier la logique générale du système et, le cas échéant, de pouvoir formuler des propositions de modification du droit positif dans le but d'accentuer la cohérence des règles applicables à l'institution étudiée.

31. La théorie générale est indissociable de l'idée de prévisibilité : en bâtissant une telle construction, les auteurs tendent à parvenir à l'organisation des règles applicables à une institution qui soit telle qu'elle permette de prévoir les solutions à venir. Guidé par la Raison, l'édificateur d'une théorie générale a pour dessein de proposer des pistes conduisant à une

*théorie générale et pour étages les règles spéciales que déclenche la qualification. Une telle démarche serait aujourd'hui légitime : la théorie générale des obligations n'a été dégagée en droit romain qu'après des siècles d'application de règles spéciales [...] Toute sûreté réelle répondrait ainsi à quelques règles générales : principe de l'accessoire, principe de spécialité, publicité, absence d'enrichissement du créancier, dit encore proportionnalité, subrogation réelle et d'autres encore ; auxquelles s'ajouteraient des règles propres aux sûretés soit mobilières, soit immobilières ; sur biens soit corporels, soit incorporels, avec ou sans dépossession ; auxquelles s'ajouteraient d'autres règles plus spéciales encore commandées par l'assiette de la sûreté [...], les pouvoirs du constituant [...], sa situation in bonis ou au contraire sous l'empire d'une procédure d'insolvabilité au moment de la réalisation... » ; F. Derrida, n. sous Com., 15 avril 1975, D. 1975. jurisp. 571 : « La sûreté constituée sur un bien par le vendeur de ce bien prime, lorsqu'elle est assortie d'un droit de suite, toutes celles qui peuvent naître du chef de l'acheteur de ce bien ; tel est le principe dont l'arrêt rapporté fait une application particulière. Mais c'est en vain que l'on en chercherait l'énoncé sous une forme aussi générale dans la doctrine, sans doute parce que les auteurs n'ont jamais exposé une théorie globale des sûretés ; ils se bornent à étudier le régime applicable à chacune d'elles » ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 363, p. 366 : « Il n'est sans doute pas impossible de proposer une théorie générale des sûretés réelles. Qu'elles soient mobilières ou immobilières, ces sûretés suivent, toutes, sur de nombreux points, un même régime ».*

¹ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 264, 1997, n° 441, p. 299.

² Cette idée est développée longuement chez E. Savaux, th. précitée, tout au long de sa première partie, puis reprise dans son article « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », *LPA* 28 nov. 2012, p. 4 et s.

³ E. Savaux, th. précitée, n° 439, p. 297 : « *au-delà des solutions législatives et jurisprudentielles, les civilistes sont en permanence à la recherche du bon droit* » (c'est l'auteur qui souligne). V. également C. Jamin, « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 505 : « *Les théories générales et les multiples contraintes argumentatives qu'elles contiennent sont censées le guider [l'interprète] vers la bonne solution en évitant le pire : les « déformations morbides » (sic) de ce véritable repoussoir qu'est le « Phénomène Magnaud », ce juge à la subjectivité herméneutique débridée !* ».

potentielle remise en ordre de la matière considérée¹. Voilà pourquoi la théorie générale est l'outil le plus adapté à l'analyse du droit des sûretés réelles : force est de constater que ce dernier est devenu imprévisible, tant du point de vue du législateur – qui ne sait plus s'il doit favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté ou le paiement de ses créanciers, et tente ainsi de remplir pleinement ces deux objectifs qu'il faut impérativement hiérarchiser² – que de la jurisprudence, au comportement erratique lorsqu'il s'agit de traiter des sûretés réelles, comme en témoignent notamment les arrêts rendus relativement au nantissement de créance ou au cautionnement réel, qui seront étudiés en détail. L'imprévisibilité des solutions n'est que la rançon des incertitudes du législateur sur les grandes orientations à donner au droit des sûretés. Nous nous proposons alors d'expliquer par une théorie générale que la cohérence et la prévisibilité des solutions ne peuvent revenir au cœur du droit des sûretés que si l'efficacité du droit de préférence est restaurée. La prévisibilité des solutions n'est-elle pas inhérente à ce mécanisme de garantie, qui attribue en principe un rang fixe à chaque créancier dans la distribution du prix de vente des actifs du débiteur ?

32. Utilité d'une théorie générale des sûretés réelles. L'on pourrait toutefois s'interroger sur les raisons qui nous poussent à proposer une théorie générale des sûretés réelles, alors que la doctrine fait preuve d'une vitalité particulièrement remarquable en ce domaine. Qu'on en juge : depuis le début du XXI^e siècle, les publications de thèses de doctorat fleurissent quant aux relations des sûretés réelles avec d'autres branches du droit³, mais également à propos

¹ L'idée vient de J. Hauser, qui fait de la théorie générale « *le simple reflet de l'idée que l'organisation rationnelle des règles de droit est le seul moyen d'en assurer la prévisibilité et l'anonymat, c'est-à-dire la conformité à la liberté et à la démocratie* », v. « Raison », *JCP G* 2017. 598. L'idée est davantage développée dans son article « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable », *RLDC* juin 2011, dans lequel l'auteur estime que la théorie générale « *a pour source l'analogie qui permet de cimenter des solutions particulières en recherchant leur plus grand dénominateur commun et pour utilité de combler les lacunes du droit par le même type de raisonnement [...] l'immense utilité d'une théorie générale, ou de ce qui en tient lieu, est de prévoir le mieux possible ce que sera l'interprétation du cas particulier par l'affirmation d'une méthode et d'une logique globales. Au-delà des constructions intellectuelles, la technique de la théorie générale a un rôle très pratique qui guide l'interprète quand la norme ne lui donne pas la réponse directe au cas qui lui est soumis* ». V. également Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 231 : « *Qu'est-ce alors qu'une théorie juridique ou générale ? En substance, un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures* » ; D. Martin, dans sa préface à la thèse de J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXIX, 1984, p. 17 : « *Le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée* ». Comp. toutefois, estimant que les théories générales ont tendance à rigidifier les règles de droit et à les rendre rétives à toute évolution, S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD Civ.* 2009. 417.

² D. Legeais, « La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives », *Revue des sociétés* 2007. 687, n° 18.

³ M. Attal, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, préf. S. Poillot-Peruzzetto, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 13, 2005 ; N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009 ;

des rapports entre les différentes sûretés¹ ou même de l'étude de sûretés spécifiques². Une lacune demeure toutefois : aucun de ces ouvrages n'a retenu comme objet exclusif l'intégralité des sûretés réelles afin de révéler les grands principes qui structurent cette matière³. Par ailleurs, il faut tout de même signaler l'existence d'une précédente théorie générale des sûretés réelles, rédigée par MM. Mestre, Putman et Billiau. Son existence ne remet toutefois pas en cause la raison d'être de notre étude car, bien qu'elle soit loin d'être obsolète, tant les bénéfices attachés à la lecture de cet ouvrage de référence datant de 1996 sont importants, encore aujourd'hui, il faut tout de même remarquer que les sûretés réelles ont profondément changé depuis la réforme du 23 mars 2006. A ce stade, un exemple suffira à la démonstration de cette idée : étudiant la notion de sûreté réelle, les auteurs concluent qu'elle est caractérisée par la mise en place d'une rupture d'égalité entre les différents créanciers du débiteur, qui se manifeste par l'existence d'un droit de préférence au profit du bénéficiaire de la sûreté⁴. Si la première idée conserve toute sa pertinence aujourd'hui, il n'en va pas de même pour la seconde : qui s'attacherait uniquement au droit de préférence pour définir la sûreté réelle n'aurait qu'une vision partielle, éminemment théorique, du droit positif. L'imminence d'une nouvelle réforme du droit des sûretés justifie donc la rédaction d'une nouvelle théorie générale des sûretés réelles qui prenne en considération l'apport des multiples réformes survenues depuis le début du siècle.

S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 6, 2016 ; C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020 ; C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016 ; F. Lemaitre, *La monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 8, 2017 ; C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 55, 2001 ; N. Martial, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, avant-propos M. Vivant, préf. D. Legeais, PUAM, 2007 ; O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, préf. E. Putman, PUAM, 2000.

¹ L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012 ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003 ; C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018 ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019.

² J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 40, 2009 ; A. Aynès, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2005 ; Y. Blandin, *Sûretés et bien circulant : contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 567, 2016 ; M. Julienne, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012 ; S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. Ghozi, Revue Banque Édition, 2004 ; Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, préf. H. Lécuyer, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 7, 2017.

³ Rappr. J. Brèthe de la Gressaye, « Le droit du crédit », art. précité, p. 116 : « il y a intérêt à présenter une théorie générale des sûretés conventionnelles, afin de déterminer leur nature et de les comparer ».

⁴ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 140, p. 122 : « Il nous semble donc en définitive pouvoir l'affirmer : le droit de préférence, c'est la sûreté réelle. La notion de sûreté réelle est ainsi définie, par la réunion cumulative de deux caractères, l'affectation et la rupture d'égalité, mais ce qui nous paraît constituer son essence même, c'est cette technique spécifique de rupture d'égalité que constitue le droit de préférence ».

33. Outils de la théorie générale. La coutume universitaire veut que l'apport de l'histoire du droit et du droit comparé soient soulignés dès l'ouverture de l'étude. On peut d'ores et déjà signaler que les développements historiques ne seront pas considérables : comme nous venons de l'indiquer, le véritable apport de notre travail se situe dans la prise en compte des conséquences des modifications récentes apportées au droit des sûretés réelles par le législateur sur l'état du droit positif. L'histoire du droit permettra d'éclairer certaines questions sous un jour nouveau, mais il n'y sera fait recours que ponctuellement¹. La physionomie des sûretés réelles a radicalement évolué depuis la réforme du 23 mars 2006, ce qui implique un recours mesuré aux références aux temps passés.

34. Les développements de droit comparé seront en revanche bien plus consistants. L'incohérence du droit des sûretés, conséquence du pullulement des sûretés mobilières et des privilèges, ainsi que du recours toujours croissant à l'exclusivité afin de contourner les contraintes des procédures collectives, est loin de constituer une spécificité française. De très nombreux droits étrangers ont été confrontés à ces problèmes, posés en des termes identiques, et y ont apporté des solutions qui ne peuvent être occultées dans le cadre d'une tentative de remise en ordre du droit des sûretés réelles. Ainsi, il faudra se référer aux droits Nord-Américains – des Etats-Unis et du Québec² – qui ont retenu l'hypothèse de la « sûreté unique », au droit allemand, qui a inspiré le législateur français dans son développement des droits exclusifs, ainsi qu'au droit belge, ayant réformé son droit des sûretés mobilières par la loi du 11 juillet 2013 et, enfin, au droit des pays membres de l'OHADA³, l'Acte uniforme révisé

¹ Comp. M. Cabrillac, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Librairie du recueil Sirey, 1954, IX, p. 16 : « avant d'entreprendre cette étude, qu'il nous soit permis d'en définir l'esprit pour en préciser les limites. Le but que nous nous sommes assignés est la recherche d'un certain ordre, dans une matière qui, étant en pleine évolution, se présente sous un aspect quelque peu chaotique. Ce sont des principes d'unification que nous nous sommes efforcés d'extraire à la pluralité des institutions soumises à notre examen. Nous n'avons pas entendu, en effet, prendre le problème des sûretés mobilières sans dépossession dans sa plus grande généralité, mais rassembler les solutions éparses données par le législateur français autour des quelques idées directrices qui les animent. Ces limites, dans lesquelles nous nous sommes volontairement enfermés, expliquent que, d'une façon générale, nous ayons répudié à la fois l'enseignement de l'Histoire et celui du droit comparé ».

² Le rassemblement de la majorité des sûretés québécoise sous la bannière de l'hypothèque a été jugée préférable à « un interminable jeu de cache-cache législatif avec les créancières et les créanciers en modifiant le Code au fur et à mesure que ceux-ci inventent de nouvelles techniques pour se faire accorder une garantie réelle » (R. A. Macdonald, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération législative des sûretés, la « présomption d'hypothèque » et le principe de « l'essence de l'opération » », in *Mélanges Germain Brière*, Wilson & Lafleur, coll. Bleue, 1993, n° 13, p. 550).

³ Rapp. P. Crocq, « Le droit OHADA : avenir du droit français des sûretés ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 49 et s. L'auteur cite notamment, au titre des avancées dont il est peu probable que le législateur français s'inspire, le renforcement du droit commun des sûretés

portant organisation des sûretés entré en vigueur le 16 mai 2011 pouvant constituer sur plus d'un point une source de réflexion d'une grande richesse¹. On ne pourra pas non plus ignorer l'apport considérable des différents projets internationaux d'harmonisation du droit des sûretés réelles².

35. Questions de la théorie générale. A l'aide de ces éléments, il deviendra possible de répondre aux deux grandes questions posées par toute théorie générale. Tout d'abord, elle s'analyse comme « *un effort important de connaissance du phénomène* » étudié³. Il faut donc nécessairement se demander ce que signifie le terme de « sûreté réelle » aujourd'hui. Jadis quasiment assimilée au droit de préférence, sa définition doit nécessairement prendre en considération le développement de l'exclusivité, tout comme la souplesse que lui a conféré l'ordonnance du 23 mars 2006, permettant d'offrir en garantie des biens futurs et de garantir des créances futures. La double comparaison de la préférence et de l'exclusivité d'une part, des sûretés réelles et personnelles d'autre part, est donc de nature à déboucher sur une définition revisitée de la sûreté réelle, englobant tant les sûretés traditionnelles que les « nouvelles sûretés ».

36. Par ailleurs, la théorie générale vise également à exposer « *l'évolution [du concept étudié] et sa place dans le monde moderne* »⁴. Or, l'esquisse de l'évolution du droit des sûretés réelles brossée à grands traits révèle que deux questions majeures se posent aujourd'hui : d'abord, la pertinence de la cohabitation de la préférence et de l'exclusivité, cette dernière ne devant son existence qu'à son aptitude au contournement de la discipline collective imposée par le Livre VI du Code de Commerce ; ensuite, la nécessité de clarifier certains droits spéciaux rendus proprement illisibles par le pullulement des sûretés, en premier lieu celui des sûretés mobilières – disloqué entre de multiples garanties professionnelles qui visaient initialement à

réelles et de leur publicité. Ces réformes nous apparaissent pourtant d'une importance capitale, v. *infra*, n° 490 et s., ainsi que n° 822 et s.

¹ Sans pour autant céder au « mythe du législateur étranger » autrefois décrit par Carbonnier. Le recours à la méthode de la théorie générale nous permettra d'éviter cet écueil : après tout, n'a-t-il pas été affirmé que, par son attachement à la cohérence des solutions, « *la France demeure encore le pays des théories générales* » ? (C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 176).

² Sur lesquels, v. not. P. Bloch, « Quelques réflexions sur les sources internationales du droit des sûretés réelles », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 41 et s.

³ E. Savaux, th. précitée, n° 380, p. 269.

⁴ *Ibid.*, n° 385, p. 273.

permettre aux débiteurs d'affecter leurs biens en garantie sans avoir à s'en déposséder – ainsi que le droit des sûretés légales – le passif privilégié gonflant démesurément au fil des interventions des *lobbies* toujours prompts à réclamer un traitement dérogatoire au profit de leurs membres. En deux mots, la théorie générale des sûretés réelles doit donc aboutir à une définition nouvelle de la sûreté réelle prenant en considération les apports des réformes récentes et formuler des propositions de nature à rétablir la cohérence d'un droit au sein duquel la préférence a été écrasée par l'influence conjuguée des modifications du droit des procédures collectives, du recours intensif à l'exclusivité et de l'inflation constante du nombre de privilèges.

37. Plan. Voilà donc ce que nous allons démontrer : seule la réhabilitation du droit de préférence peut permettre de tirer toutes les conséquences qui découlent de l'existence d'un concept unitaire de sûreté réelle (**Première partie**) en réduisant à son juste domaine la diversité des régimes applicables aux différentes sûretés réelles (**Deuxième partie**).

PREMIÈRE PARTIE : LE CONCEPT DE SÛRETÉ RÉELLE

38. Sûretés réelles et concepts voisins. Pour parvenir à la connaissance précise de son objet d'examen, le juriste se doit avant tout de circonscrire le domaine du concept étudié. Il s'agit bien ici d'un concept de sûreté réelle et non d'une notion : les épistémologues estiment en effet que le concept est plus étroit que la notion, l'accent étant davantage mis, dans la première hypothèse, sur l'essence de l'objet considéré¹. L'étude d'un concept ne peut se faire « hors-sol », mais doit nécessairement passer par sa comparaison avec d'autres concepts afin de mettre en évidence les points saillants de l'objet étudié, par opposition aux autres concepts qui s'en distinguent². En matière de sûreté réelle, il est assez aisé de déterminer ces concepts de référence, qui coexistent « *sur le même plan* » que notre objet d'étude. En effet, la doctrine s'accorde sur l'inclusion des sûretés réelles, mécanismes d'affectation d'un ou plusieurs biens au paiement du créancier, parmi les garanties de paiement, techniques de prévention des conséquences de l'insolvabilité d'un débiteur³. Par conséquent, une connaissance approfondie du concept de sûreté réelle passe par sa confrontation avec les autres concepts issus de la catégorie des garanties de paiement, les frontières étant parfois extrêmement floues⁴. Il s'agit, d'une part, des garanties exclusives et, d'autre part, des sûretés personnelles. La distinction du but et de la technique sera ici d'une aide précieuse. En effet, la sûreté réelle, à l'image de toute institution, peut s'analyser comme une « *volonté déterminée par une fin qui pour produire des effets de droit s'intègre à une technique particulière* »⁵. Dès lors, une distinction entre deux

¹ C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préf. B. Oppetit, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 198, 1987, n° 454, p. 217.

² C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit*, APD, T. 11, 1966, n° 8, p. 30 : « *En vérité, on ne peut jamais définir une espèce d'un genre isolément, comme en elle-même, c'est-à-dire sans avoir égard aux autres espèces, en les ignorant ; il faut considérer le genre tout entier, toutes les espèces, sinon même leurs subdivisions ultérieures. Il faut avoir clairement conscience et avoir présent à l'esprit tout ce dont on prétend distinguer telle espèce, au minimum tout ce avec quoi on veut « la faire coexister » sur le même plan, au même degré* » ; C. Jarrosson, th. précitée, n° 469, p. 228.

³ Sur la distinction des sûretés et des garanties, v. *supra*, n° 11 et s.

⁴ Rappr. M.-L. Izorche, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 1, Litec, 1998, n° 3, p. 54 : « *la distinction permet à la fois de rassembler des objets qui, du point de vue du critère retenu sont semblables, et de sélectionner ces objets, de les particulariser au sein de l'univers plus vaste qui les contient. Elle est l'opération préalable à toute classification et, à ce titre, elle joue nécessairement un rôle essentiel dans le progrès des connaissances* ».

⁵ R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. Le Balle, Sirey, 1953, n° 3, p. 7.

institutions peut être établie si elles diffèrent sur le but à accomplir, la technique employée¹ ou ces deux éléments simultanément.

39. Comparaison de la préférence et de l'exclusivité. La première distinction qui vient immédiatement à l'esprit est celle de la préférence et de l'exclusivité. Parmi toutes les garanties de paiement portant sur un ou plusieurs biens, mais non l'intégralité du patrimoine d'une personne, ces deux techniques ne peuvent être confondues, comme semble l'indiquer l'article 2286-1 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant². Il devient alors indispensable de mettre en lumière les différences qui opposent les sûretés réelles, préférentielles ou exclusives, à d'autres garanties exclusives afin de circonscrire précisément le domaine sans cesse croissant de l'exclusivité. De nombreuses zones d'ombre demeurent en effet et rendent malaisée la résolution de certaines questions. L'ambiguïté inhérente à la notion de « propriétés-sûretés » doit ainsi être levée : pourquoi, alors que la fiducie-sûreté semble s'intégrer parfaitement au droit des sûretés réelles, la réserve de propriété et le crédit-bail restent en marge, leur régime jurant sur plusieurs points avec celui des sûretés classiques ? En prenant comme point de départ les caractéristiques communes aux gages, nantissements et hypothèques, universellement qualifiés de sûretés réelles, il faudra prendre conscience de ce que la propriété réservée diffère de ces mécanismes tant sur le plan du but que sur celui de la technique : elle ne vise pas seulement le paiement d'une créance de somme d'argent et ne repose pas sur la technique de l'affectation d'un bien du débiteur. Cette difficulté résolue, il deviendra alors possible de mesurer exactement la place de l'exclusivité dans le droit des sûretés réelles³. Cette démarche est indispensable, étant donné qu'il s'agit de la clé permettant de résoudre la controverse doctrinale relative à la nature et à l'efficacité du nantissement de créance. Alors

¹ Que l'on peut définir comme « un procédé de réalisation « formel » qui enclot une volonté déterminée par une fin, de manière à lui permettre d'acquiescer une efficacité juridique » (*Ibid.*, n° 7, p. 16). Il sera donc nécessaire de comparer les mécanismes par lesquels les différentes institutions du droit des sûretés permettent au créancier d'augmenter ses chances de paiement, en prenant comme point de départ la structure du gage, du nantissement et de l'hypothèque. Si elle se retrouve à l'identique au sein d'une autre institution, il s'agit d'une sûreté réelle. Dans le cas contraire, il faudra l'exclure de cette catégorie, en soulignant précisément la raison pour laquelle les deux techniques sont rigoureusement dissemblables.

² Art. 2286-1, al. 2 : « La sûreté réelle est l'affectation préférentielle ou exclusive d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif d'un créancier » (C'est nous qui soulignons).

³ Il s'agit en effet bien davantage de l'actualisation du concept de sûreté réelle que d'une nouvelle définition produite *ex nihilo*. Le point de départ du raisonnement se situe dans les caractéristiques communes aux mécanismes que le législateur, le juge et la doctrine qualifient de sûretés réelles. A partir de ce donné, il est possible de déterminer s'il est souhaitable d'octroyer cette qualification aux droits exclusifs. Ce type de raisonnement est fréquent en notre matière, v., déjà, N. Bague, *Essai sur la notion de garantie*, th. Paris I, 2008, n° 16, pp. 20-21, ou encore P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 248, 1995, n° 266, p. 219.

que les partisans de la préférence et de l'exclusivité s'opposent sans que la Cour de cassation ne parvienne clairement à les départager, l'affirmation de la compatibilité de la préférence et de l'exclusivité sur les biens du débiteur ouvre une nouvelle voie de réflexion : le nantissement de créance ne constituerait-il pas un hybride entre préférence et exclusivité (**Titre premier**) ?

40. Comparaison des sûretés réelles et personnelles. Cette première distinction permet de fixer une liste discriminant, parmi toutes les garanties de paiement portant sur un bien ou un ensemble de biens, les véritables sûretés réelles des garanties exclusives qui n'en sont pas. Mais la découverte du concept de sûreté réelle nécessite encore l'exposition des grands principes de la *summa divisio* des sûretés réelles et personnelles, ces dernières s'opposant à notre objet d'étude en ce qu'elles améliorent les droits du créancier en lui permettant d'agir à titre chirographaire sur l'intégralité du patrimoine d'un tiers. Il s'agit cette fois de comparer des mécanismes dont la mise en œuvre aboutit toujours au paiement du créancier nonobstant la défaillance du débiteur, ce qui devrait logiquement limiter le nombre de différences entre ces deux institutions. En réalité, si le but visé par les sûretés personnelles et les sûretés réelles est le même, la technique employée est traditionnellement vue comme extrêmement différente d'une catégorie de sûretés à l'autre, ce qui se ressent sur leurs régimes. Cette opposition tranchée rejaillit au sein de la jurisprudence relative à la sûreté réelle pour autrui, la Cour de cassation affirmant que la simple affectation de biens au paiement du créancier, sans engagement personnel de la part du garant, empêche l'application du régime du cautionnement « personnel »¹. A ce sujet, le bouleversement provoqué par l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas été suffisamment mis en valeur. Ce texte opère en effet un rapprochement des techniques employées par les sûretés réelles et personnelles qu'il faut exposer en détail afin de prendre véritablement la mesure de ce qu'est une sûreté réelle aujourd'hui. Il deviendra alors possible de proposer un régime plus nuancé pour l'hybride de sûretés réelle et personnelle qu'est le cautionnement réel (**Titre deuxième**).

¹ Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Bull. mixte* n° 7, p. 17 (n° 03-18210).

TITRE PREMIER : PRÉFÉRENCE ET EXCLUSIVITÉ

41. Sûretés réelles et exclusivité. Si la rupture d'égalité entre les créanciers du débiteur constitue toujours l'objectif visé par les titulaires de sûretés réelles, leurs exigences ont changé. Ils ne se satisfont plus de la simple possibilité de figurer à un rang « utile » dans le classement les opposant à leurs concurrents. L'ouvrage de référence de MM. Mestre, Putman et Billiau, qui concluait ses développements relatifs à la notion de sûreté réelle sur l'idée que « *le droit de préférence, c'est la sûreté réelle* »¹, n'est plus en phase avec le droit positif. En 1996, l'on estimait pouvoir exclure du champ du droit des sûretés toutes les garanties conférant un droit exclusif à son titulaire, qu'il s'agisse des propriétés-garanties² ou du droit de rétention³. La situation a bien changé depuis : par l'ordonnance du 23 mars 2006, le législateur a expressément qualifié la fiducie-sûreté et la clause de réserve de propriété de sûretés réelles, et a généralisé la possibilité de conclure un pacte comissoire ou d'obtenir l'attribution judiciaire de l'assiette des sûretés réelles conventionnelles, si bien que « *le droit de préférence est aujourd'hui dans l'ombre de l'exclusivité* »⁴. Il faudrait alors distinguer les sûretés réelles exclusives des sûretés réelles préférentielles⁵, ces dernières n'étant même pas rétives à l'exclusivité, dans la mesure où leur réalisation peut prendre la forme du transfert de la propriété des biens grevés au bénéficiaire. Il est donc nécessaire de repenser les rapports entre sûretés réelles et exclusivité à l'aune des évolutions récentes de ce droit⁶. La rupture d'égalité entre les créanciers constitue toujours un critère indispensable à la qualification d'une sûreté réelle, mais pas la préférence⁷.

¹ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 140, p. 122. V. déjà P. Dingreville, *L'hypothèque mobilière – Sa distinction du gage sans dépossession*, th. Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1937, p. 272, affirmant que le droit de préférence constitue « *le but commun de toute sûreté* ».

² J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 31 et s., p. 29 et s.

³ *Ibid.*, n° 72 et s., p. 67 et s.

⁴ F. Macorig-Venier, « L'exclusivité », *LPA* 11 fév. 2011, p. 59 et s.

⁵ La jurisprudence est en ce sens, comme en témoigne un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 octobre 2013 (n° 12-14944 ; n° 13-10463) : « *si la clause de réserve de propriété constitue une sûreté réelle, elle ne confère à son bénéficiaire aucun droit de préférence dans les répartitions* ». V., déjà, Com., 20 février 2007, *Bull. civ.* IV, n° 48 (n° 05-20562).

⁶ Comp. L. Aynès, « Conclusion », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 9, p. 193 : « *les règles juridiques ne sont pas faites pour faire plaisir aux faiseurs de systèmes [...] gare aux fausses oppositions entre la propriété et le privilège (on passe aujourd'hui facilement de l'un à l'autre)* ».

⁷ Comp. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 140, p. 122 : « *la notion de sûreté réelle est ainsi définie par la réunion cumulative de deux caractères, l'affectation et la rupture d'égalité, mais ce qui nous paraît constituer son essence même, c'est cette technique spécifique de rupture d'égalité que constitue le droit de préférence* ».

42. Ces deux modalités de rupture d'égalité entre les créanciers ne jouent cependant pas à armes égales. Alors que les titulaires de sûretés préférentielles sont primés par un certain nombre de créanciers privilégiés et soumis à la discipline collective instaurée par le Livre VI du Code de commerce, les bénéficiaires de garanties exclusives échappent partiellement ou totalement aux effets de ces causes de déclin de l'attractivité des sûretés traditionnelles. Mais de deux choses l'une : ou bien les titulaires de sûretés conventionnelles méritent d'être mieux traités, et alors il faut aligner la condition des créanciers « préférentiels » sur celle des créanciers « exclusifs » ; ou bien l'on veut conserver un sens au classement légal des droits de préférence et favoriser le redressement des entreprises en difficulté, auquel cas les garanties exclusives doivent voir les prérogatives qu'elles confèrent amputées de la même manière que les sûretés préférentielles¹. Quoi qu'il en soit, la situation n'est pas tenable, et nombreux sont les auteurs qui critiquent l'hypocrisie d'un législateur dressant des obstacles sur la route du paiement des titulaires de sûretés préférentielles pour mieux leur ouvrir un boulevard *via* la souscription de garanties exclusives². Une réflexion sur la place de l'exclusivité dans le droit des sûretés réelles constitue un préalable indispensable à l'édification d'une théorie générale³.

43. Le rapprochement partiel de la préférence et de l'exclusivité. Si les termes de « sûreté réelle » et d'« exclusivité » ne sont pas antinomiques, ce n'est pas dire pour autant que toute garantie exclusive peut ou doit être qualifiée de sûreté réelle. L'on verra qu'en matière de

¹ Pour le dire autrement, il s'agit de formuler un choix entre l'individualisme et le « communisme » (au sens non-politique du terme) : les biens du débiteur doivent-ils être réservés au paiement des titulaires de sûretés conventionnelles, ou bien le droit des sûretés peut-il faire une place aux considérations d'intérêt général ? Avec l'exclusivité triomphe l'individualisme, v. P. Gourdon, *L'exclusivité*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 455, 2006, n° 9, pp. 5-6 : « *l'exclusivité est le reflet juridique d'un désir naturel d'appropriation et le résultat, dans une société moderne, d'une forte tendance à l'individualisme et à la distinction sociale. La notion exprime la reconnaissance par l'autorité publique de la constitution d'une relation sans partage ou d'un domaine réservé, au profit d'un bénéficiaire ne possédant pas nécessairement la libre disposition de l'objet de l'exclusivité* ».

² V., entre autres, L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012, n° 101 et s., p. 81 et s. ; Ph. Dupichot, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », in *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, spé. n° 8 et s., distinguant la « préférence en berne » et « l'exclusivité, vent en poupe » ; D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, n° 31 : « *Le droit des sûretés réelles nécessite [...] un réexamen de ses finalités profondes, afin de repenser l'équilibre entre la protection du débiteur, du créancier et des tiers. Il conviendrait en outre de trancher entre un système fondé sur la propriété-sûreté ou sur l'affectation des créances au profit du créancier, afin d'échapper à une articulation boiteuse, où le recours à une sûreté permet de tourner les impératifs de l'autre* » ; F. Macorig-Venier, « L'exclusivité », art. précité : « *Certains « jouent » dans la cour du débiteur : ceux qui ont une sûreté grevant un bien qui est, dès la naissance de la sûreté, dans le patrimoine du débiteur et y demeure ensuite. D'autres sont en dehors : ceux qui ont une sûreté qui porte sur un bien resté ou entré dans leur patrimoine, voire dans le patrimoine d'un tiers [...] C'est là un paradoxe du droit des entreprises en difficulté, voire l'incohérence majeure de celui-ci* ».

³ V., déjà, D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 8, p. 370 : « *une refonte d'ensemble du droit des garanties réelles commence donc par une réflexion préalable concernant le domaine et la place qu'il convient de conférer à la propriété-garantie* ».

fiducies-sûretés, rien ne s'oppose à une telle qualification. La question de la nature des propriétés réservées revient toutefois régulièrement sur le devant de la scène. Si, s'agissant du crédit-bail, les opinions sont fixées en défaveur de la qualification de sûreté réelle, il n'en est pas de même pour la clause de réserve de propriété. Cette dernière a expressément intégré le droit des sûretés à la faveur de l'ordonnance du 23 mars 2006 et subit l'attraction de la fiducie-sûreté, elle aussi qualifiée de sûreté réelle. Il est toutefois étonnant que l'on rapproche davantage la clause de réserve de propriété de la fiducie-sûreté que du crédit-bail, alors que le traitement de la propriété réservée devrait appeler des réponses similaires dans les deux cas. Il est en outre troublant de remarquer que, bien que l'impossibilité de la réserve de propriété à se fondre dans le moule des sûretés réelles ait été mise en lumière depuis longtemps¹, son histoire récente est celle d'une intégration toujours plus poussée au droit des sûretés, au risque de nier sa nature même². Ses causes d'extinction, ses modes de réalisation et son régime en droit des procédures collectives ne correspondent pas au régime d'une véritable sûreté réelle. Il existe trop de différences entre un gage, une hypothèque, une fiducie-sûreté d'une part, la clause de réserve de propriété et le crédit-bail d'autre part, pour que tous ces mécanismes soient classés, sans artifice, dans la même catégorie. Il paraît donc nécessaire de bien prendre conscience que si, de manière générale, l'exclusivité est parfaitement compatible avec le droit des sûretés réelles, les garanties exclusives qui reposent sur la conservation de son droit de propriété par le créancier ne peuvent être qualifiées de la sorte (**Chapitre 1**).

44. La découverte d'une voie moyenne quant à l'efficacité du nantissement de créance. Hors du domaine de la propriété réservée, en revanche, l'exclusivité est bienvenue dans le droit des sûretés réelles. Elle constitue une technique de rupture d'égalité entre les créanciers du constituant, à côté de la préférence. Elle trouve même sa place dans les sûretés réelles préférentielles comme mode de réalisation, sans remplacer la possibilité offerte classiquement au créancier de faire vendre le bien de son débiteur pour se faire payer, par préférence, sur le prix. Il est possible de partir de ce constat afin de tenter de régler les différends

¹ A ce propos, v. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 28 et s., p. 25 et s., qui appuient sur l'absence de satisfaction du créancier résultant de la mise en œuvre d'une propriété réservée ainsi que sur la perturbation du lien entre le principal et l'accessoire.

² Cette volonté d'intégration culmine dans le deuxième alinéa de l'art. 2367 du C. civ. tel qu'il ressort de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés porté par l'Association Henri Capitant, qui pose le principe que « *la réserve de propriété prend fin par l'extinction de [la créance dont elle garantit le paiement], quelle qu'en soit la cause* ». Pour la critique de ce texte, v. *infra*, n° 116 et s.

doctrinaux relatifs à l'efficacité du nantissement de créance. Des hésitations ont en effet suivi l'entrée en vigueur de cette sûreté : s'agit-il d'une figure totalement nouvelle, conférant un droit subjectif et exclusif au paiement à son bénéficiaire ? Ou bien s'agit-il d'une sûreté bien plus classique, n'offrant qu'un « simple » droit de préférence ? En prenant appui sur le rapprochement de l'exclusivité et de la préférence, une voie moyenne devrait pouvoir être empruntée. Dire que l'exclusivité emporte des conséquences si néfastes pour les créanciers concurrents qu'elle doit être réservée aux textes l'énonçant expressément, ce n'est pas vouer le nantissement de créance à l'inefficacité. Il se peut au contraire qu'il s'agisse d'une figure particulièrement intéressante du droit des sûretés réelles, en ce qu'elle permet de créer un lien entre les deux techniques de rupture d'égalité. Au droit de préférence sur la créance nantie semble ainsi pouvoir succéder un droit exclusif sur les sommes qui en sont issues (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le rapprochement partiel de la préférence et de l'exclusivité

45. Une *summa divisio* clairement affichée. L'étude des garanties réelles ne semble pouvoir se passer de la *summa divisio* de la préférence et de l'exclusivité. Elle structure tant les manuels de doctrine¹ que le Code civil² et est consacrée par la jurisprudence³. Il ne faut pas s'étonner : la montée en puissance des droits exclusifs n'est-elle pas née des vicissitudes de la condition des titulaires de sûretés préférentielles⁴ ? Là où ces derniers sont constamment rétrogradés dans le classement légal des droits de préférence par la création de privilèges toujours plus nombreux, les titulaires de garanties exclusives se jouent de cette hiérarchie afin d'être payés avant tous les autres créanciers. De même, alors que les restrictions imposées à la collectivité des créanciers dans le but de redresser les entreprises en difficulté érodent largement les effets des prérogatives conférées par les sûretés traditionnelles, le bénéficiaire d'une fiducie, le réservataire, le crédit-bailleur et le rétenteur continuent à tirer leur épingle du jeu et obtiennent bien souvent, si ce n'est le paiement intégral de leurs créances, la garantie de pouvoir appréhender le bien grevé de la garantie ou sa valeur. Pourtant, ces différences de régime ne se justifient pas par une différence de nature : bien que l'on ait pu douter de ce que le droit de propriété puisse être mis au service d'une créance, simple droit personnel⁵, tant la jurisprudence que le législateur se prononcent clairement en faveur de la qualification de sûretés de la fiducie et de la réserve de propriété. Le droit de rétention est un peu à part, son titulaire ne disposant

¹ A l'exception notable de M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, ainsi que de Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, qui préfèrent recourir à la *summa divisio* des sûretés sur meubles et sur immeubles.

² Les sous-titres du Livre IV du Code civil consacrés aux sûretés sur les meubles et aux sûretés sur les immeubles sont ainsi structurés sur le même modèle : après avoir énuméré les différentes sûretés préférentielles, le dernier chapitre est toujours consacré aux sûretés-proprétés. Bien que l'art. 2373 C. civ. mentionne la possibilité de conclure une clause de réserve de propriété immobilière, son régime n'est pas précisément fixé par la loi, ce qui a produit des conséquences inattendues, v. *infra*, n° 124 et s.

³ V. Com., 15 octobre 2013 (n° 12-14944 ; n° 13-10463), précité.

⁴ Rappr. A. Bac, « La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et Patr.* sept. 2005 : « Concernant les gages sur meubles corporels, la FBF se félicite de l'innovation consistant à créer un nouveau type de gage sans dépossession, susceptible d'être inscrit sur tout type de biens meubles. Mais elle n'aurait pas compris que cette innovation se traduise par la disparition du régime du gage avec droit de rétention, dès lors que le droit des procédures collectives reste ce qu'il est, et dès lors aussi que le classement des privilèges mobiliers n'a pas non plus vocation à changer sensiblement. C'est la raison pour laquelle elle se félicite du choix fait par le groupe de travail de laisser coexister les deux types de gage ».

⁵ Sur ce point, v. not. M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s.

pas des prérogatives d'un titulaire de sûreté¹. Cette distinction justifie que l'on traite des « garanties » exclusives, et non simplement des sûretés.

46. La présentation du droit des sûretés réelles du XXI^e siècle suppose donc de distinguer les affectations de biens à titre préférentiel, qui caractérisent les sûretés traditionnelles et permettent de figurer au meilleur rang possible dans le concours opposant les différents créanciers du débiteur, des affectations de biens à titre exclusif, conférant à l'heureux élu un droit exclusif, intangible, sur l'un des biens du débiteur et, plus tard, sur sa valeur. Le gagiste sans dépossession et le créancier fiduciaire auraient alors des droits de nature semblable, mais d'intensités différentes : le premier, créancier de somme d'argent, ne peut faire valoir que son droit de préférence dans la distribution des fonds issus de la vente du bien gagé, quand le deuxième, propriétaire, peut faire jouer un droit exclusif. Le parallèle pourrait également être dressé entre le créancier hypothécaire et le créancier réservataire, le bien grevé se trouvant dans les deux hypothèses entre les mains du débiteur, mais le premier ne peut faire jouer qu'un droit préférentiel quand le second bénéficie de l'action en revendication, évinçant tous les autres créanciers.

47. Position du problème et plan. Un double problème résulte toutefois de cette présentation. Tout d'abord, il est certain que la question de la cohérence du droit des sûretés se pose lorsque l'on compare les sûretés traditionnelles aux fiducies-sûretés. S'agissant d'un droit de propriété cédé aux fins de garantie, l'exclusivité du droit du créancier devrait se justifier par son acquisition de la qualité de propriétaire. Mais en est-il vraiment ainsi ? Un examen sommaire du fonctionnement des fiducies-sûretés démontre qu'il n'en est rien : propriétaire aux fins de garantie, le créancier n'est en réalité titulaire que d'une sûreté exclusive. Rien ne semble distinguer les sûretés traditionnelles des fiducies, si ce n'est leur efficacité². Le législateur a donc opté pour un régime injustifiable, les sûretés préférentielles et exclusives ne pouvant coexister harmonieusement si seules les deuxièmes permettent à la fois d'écarter les titulaires de privilèges et de souffrir le moins possible des conséquences de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur. Bien plus qu'un rapprochement, il faut constater la quasi-

¹ V. *supra*, n° 16.

² V. *infra*, n° 62 et s.

identité des sûretés préférentielles et des garanties exclusives portant sur les biens du débiteur (**Section 1**).

Ensuite, il n'est pas certain que les fiducies, d'une part, et la propriété réservée, d'autre part, méritent d'être traitées de la même façon. Le deuxième problème majeur repose dans le fait qu'en traitant cette dernière comme une sûreté, l'on consacre des solutions qui entrent en contradiction avec sa nature profonde. Les sûretés réelles sont des accessoires de la créance garantie, à son service exclusif, ce qui signifie que leur mise en œuvre lors de la défaillance du débiteur suffit à satisfaire le créancier. A l'inverse, la propriété réservée participe de l'architecture de contrats de vente ou de bail, qui ne constituent pas exactement des prêts. Le droit de propriété se maintient ici à titre principal, afin de protéger le propriétaire contre le risque de défaillance du débiteur. L'exercice de l'action en revendication ne permet donc pas d'exécuter le contrat, et le principe de l'accessoire est bien souvent écarté dans le but de favoriser l'efficacité de la propriété réservée. Il ne s'agit que d'une garantie contractuelle portant sur un bien appartenant toujours au créancier, ce qui devrait justifier un traitement différent, mieux adapté à sa nature (**Section 2**).

Section 1 : L'effacement de la distinction des sûretés traditionnelles et des droits exclusifs sur les biens du débiteur

48. Plan. Le rapprochement constant des sûretés traditionnelles et des droits exclusifs portant sur les biens du débiteur – fiducies et droits de rétention – procède de deux facteurs. C'est d'abord l'ordonnance du 23 mars 2006 qui, en rénovant profondément le droit des sûretés mobilières, a conféré aux titulaires de sûretés préférentielles des prérogatives jusque-là exceptionnelles. Un seul exemple suffit à résumer la situation : tout titulaire de sûreté peut désormais profiter d'une parcelle d'exclusivité par la généralisation de la possibilité de réaliser sa garantie en recourant à l'attribution judiciaire ou au pacte comissoire. Le créancier, devenu propriétaire, voit sa position largement renforcée. A l'inverse, les droits exclusifs perdent quelque peu de leur superbe en raison de leur succès : les conflits entre créanciers exclusifs se multiplient, qui évincent nécessairement l'un des prétendants à l'exclusivité. Les sûretés préférentielles deviennent donc un peu plus efficaces grâce à l'exclusivité, tout comme les

garanties exclusives voient leur efficacité diminuer du fait de la pluralité de créanciers exerçant leurs droits sur le même bien. Notre époque est donc celle d'un rapprochement général de la préférence et de l'exclusivité (§1).

Le deuxième facteur procède de la consécration de la fiducie-sûreté au sein du Code civil à la fin des années 2000. Autrefois réservée aux milieux d'affaires, la cession d'un droit de propriété aux fins de garantie s'est généralisée, ce qui a provoqué une réflexion doctrinale de grande ampleur sur la nature de ce mécanisme. Il est assez rapidement apparu que le bénéficiaire de la fiducie, loin d'être un véritable propriétaire au vu de la limitation de ses pouvoirs sur les biens donnés en fiducie, n'était qu'un créancier titulaire d'une sûreté particulièrement efficace. Son droit exclusif n'a été octroyé par le législateur que dans le but de proposer aux financeurs des sûretés efficaces sans avoir à repenser l'intégralité des équilibres structurant le droit du crédit. Mais le débat a alors rebondi : si le créancier fiduciaire n'est qu'un propriétaire aux fins de garantie, sur le fondement d'un transfert de propriété seulement apparent, comment justifier l'exclusivité du droit du créancier réservataire ? Alors que les opinions s'affrontent et que la jurisprudence est partagée, la comparaison de la place qu'occupe le transfert de propriété dans les deux hypothèses appelle à se prononcer en faveur du maintien de la qualité de véritable propriétaire du réservataire et du crédit-bailleur. Le rapprochement des « propriétés-sûretés » et des sûretés traditionnelles ne peut alors être que limité : là où le fiduciaire est un créancier de somme d'argent bénéficiant d'une sûreté particulièrement efficace, les titulaires de droits de propriété réservée sont de véritables propriétaires désirant céder ou louer leur bien (§2).

§1) Le rapprochement général de la préférence et de l'exclusivité

49. Plan. Le droit de préférence et le droit exclusif sont initialement très différents. La préférence, comme son nom l'indique¹, est une règle de classement visant à hiérarchiser, parmi plusieurs créanciers, celui qui mérite davantage que les autres d'être payé. L'exclusivité opte pour une logique inverse², dans la mesure où il s'agit d'isoler un créancier qui, seul, mérite d'être payé. En théorie, tout sépare donc les droits préférentiels des droits exclusifs (A).

¹ V. la définition qu'en donne le TLFi : « *Avantage consenti à une personne plutôt qu'aux autres* ».

² *Ibid.* : « *Droit ou propriété uniquement réservé à une personne ou à un groupe de personnes* ».

Cette distinction est toutefois bien trop déconnectée des réalités du droit positif. Toutes les réformes récentes tendent à rapprocher ces deux corps de règles. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre : la directive *Collateral* du 6 juin 2002 permet à tous les titulaires de garanties financières de pouvoir user et disposer des biens grevés, qu'ils soient propriétaires ou bénéficient de sûretés traditionnelles ; la réforme du 23 mars 2006 a généralisé à l'ensemble des sûretés préférentielles la possibilité d'obtenir le transfert de la propriété de l'assiette en cas de défaillance du débiteur ; la loi « LME » du 4 août 2008, en instituant le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession, a en réalité créé un nouveau superprivilège ; l'ordonnance du 18 décembre 2008 a fait de la distinction des sûretés avec et sans dépossession la *summa divisio* cardinale du droit spécial des sûretés dans les procédures collectives, etc. Toutes ces innovations démontrent qu'au fond, l'exclusivité n'est pas très différente d'une préférence de premier rang (B).

A) *La distinction théorique de la préférence et de l'exclusivité*

50. La notion de droit de préférence. Si la condition de créancier chirographaire est vue comme un épouvantail, c'est que les créanciers dépourvus de sûretés sont tenus de subir les fluctuations normales du patrimoine de leur débiteur. Le fait de contracter des dettes ne le prive pas de sa pleine capacité, ce qui lui permet de s'endetter autant qu'il le souhaite. Or, si le montant de son passif dépasse le montant de son actif, l'article 2285 du Code civil pose un principe de répartition proportionnelle des pertes entre tous les créanciers chirographaires¹ : la règle de la distribution par contribution impose ainsi de calculer le montant total du passif du débiteur, le montant total de son actif, de réaliser un rapport entre les deux², et enfin de diviser le montant de la créance de chaque créancier par le quotient ainsi obtenu. Les cocontractants du débiteur, dans une telle hypothèse, ne perdent donc pas tous la même somme, mais la même proportion de leur créance.

¹ « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

² En plaçant le montant du passif global du débiteur au numérateur et son actif au dénominateur.

51. Le droit de préférence a précisément été conçu afin de permettre aux créanciers de lutter contre le risque d'augmentation excessive du montant du passif de leur débiteur. S'intéresser au droit de préférence, c'est se focaliser sur les avantages conférés par la sûreté réelle traditionnelle au jour de sa réalisation. Que l'on décide de recourir à la métaphore médicale¹ ou sportive² pour l'expliquer, le principe s'explique en peu de mots : bénéficiaire d'un droit de préférence, c'est être titulaire d'un droit de prélèvement prioritaire sur la valeur du ou des biens grevés. Là où les créanciers chirographaires sont tenus de subir des pertes proportionnelles en raison de l'application du principe d'égalité, le droit de préférence permet de déroger à l'égalité en appréhendant une partie de la valeur du bien grevé, correspondant au montant de la créance garantie, avant les autres³. Les créanciers chirographaires subiront des pertes d'autant plus importantes par la suite, la valeur appréhendée par le titulaire d'une sûreté réelle étant retirée du périmètre de leur droit de gage général⁴. Bien que l'avantage conféré par le droit de préférence paraisse grand, il ne faut pas se méprendre sur sa portée réelle : il ne produit aucun effet entre la date de constitution de la sûreté et la date de distribution du prix de vente des biens grevés. Ce n'est pas dire que la sûreté réelle est dépourvue d'effets au cours de

¹ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 582, p. 426 : « *Les sûretés réelles ne sont guère que des anticorps formés en réaction contre la loi du concours* ».

² Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 1, p. 12 : « *Ici, la sûreté est l'exact opposé du handicap dans le domaine sportif : dès le départ, certains créanciers ont de l'avance sur les autres ; concours, mais inégalitaire* ».

³ V., parmi tant d'autres, L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 6, p. 19 : « *Le droit de préférence permet d'être payé par priorité lors de la distribution du prix et donc d'éviter le concours avec les créanciers chirographaires du débiteur* » ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, n° 710, p. 500 : « *Le droit réel de garantie confère à son bénéficiaire une position avantageuse en cas de concours avec d'autres créanciers du débiteur, puisqu'il est assorti d'un droit de préférence, c'est-à-dire du droit d'être payé en priorité au moment de la distribution du prix de vente du ou des bien(s) grevé(s). La sûreté réelle constitue ainsi une technique de rupture d'égalité des créanciers d'un même débiteur* » ; C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 128, p. 123 : « *La préférence permet donc au créancier qui en bénéficie de se tailler « la part du lion » dans l'actif distribuable du débiteur, dont les autres créanciers, les chirographaires, devront se répartir « les restes »* » ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 386, p. 316 : « *La sûreté réelle [...] doit permettre d'assurer un paiement préférentiel du créancier. Ainsi, le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle va-t-il pouvoir échapper à la loi du concours. Il va avoir la possibilité d'être payé avant les créanciers chirographaires* ». Rappr. A. Aynès, « Les causes classiques de préférence : l'égalité respectée ? Le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés réelles », *BJE* nov. 2019, n° 3 : « *Le traitement différencié des créanciers est dans l'ADN d'une sûreté réelle : c'est sa finalité et son effet* ».

⁴ C. Gijssbers, th. précitée, n° 129, p. 124 : « *Il va de soi en effet que, favorisant l'un des créanciers dans la répartition du prix de vente des biens du débiteur, le droit de préférence diminue d'autant le dividende qui aurait dû revenir aux autres. La surface d'actif du débiteur insolvable étant par définition un espace fini, ce qui est prélevé prioritairement par un créancier est automatiquement enlevé à ses rivaux, qui obtiendront une moindre fraction de l'actif distribuable* » ; J. Flour, *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, Les Cours de Droit, 1961-1962, p. 36 : « *on peut dire que la sûreté est toujours accordée au créancier, non contre son débiteur, mais contre les autres créanciers* ». Rappr., de manière générale, à propos de la notion de préférence, J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 10, p. 23 : « *par elle-même, la préférence évoque [...] non seulement l'institution d'un privilège attentatoire à l'égalité, mais aussi la possibilité d'un mécanisme d'exclusion au détriment des tiers* ». V. également, en droit belge, J. Caeymaex et T. Cavenaile, *Manuel des sûretés mobilières*, Larcier, 2^e éd., 2018, n° 21, p. 32 : « *le droit de préférence conféré par la sûreté réelle est celui d'un créancier non envers le débiteur, mais à l'égard des autres créanciers* ». Sur les conséquences de ce que la sûreté réelle exerce ses principaux effets à l'égard des tiers, v. *infra*, n° 531 et s.

cette période, loin de là, mais que la protection conférée au créancier n'est pas assurée par le droit de préférence¹.

52. La notion de droit exclusif. La situation est bien différente lorsque l'on s'intéresse aux droits exclusifs. Généralement, l'exclusivité est présentée comme pouvant résulter de deux techniques : le droit de propriété du créancier ou la rétention². Lorsqu'une fiducie-sûreté est constituée, l'on affirme classiquement que la propriété du bien est transférée au créancier. En matière de clause de réserve de propriété et de crédit-bail, la propriété est retenue par le créancier. La rétention est encore autre chose, dans la mesure où elle n'investit pas le rétenteur de prérogatives positives qui peuvent être mises en œuvre afin d'obtenir un paiement, mais stérilise les utilités du bien, exerçant ainsi une pression qui doit pousser le débiteur à payer de lui-même. Cette présentation sommaire permet déjà de comprendre l'intérêt attaché aux droits exclusifs : ils protègent le créancier titulaire avant même l'étape de distribution des fonds issus de la vente du bien grevé. La constitution d'une fiducie-sûreté fait sortir le bien du patrimoine du débiteur, alors que la conclusion d'une clause de réserve de propriété ou d'un contrat de crédit-bail empêche le bien d'y entrer. Le bien grevé d'une « propriété-sûreté » n'intègre donc jamais le droit de gage général des autres créanciers du débiteur³. La rétention, du moins tant

¹ V. *infra*, n° 556 et s.

² L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012.

³ L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *op. cit.*, n° 402, p. 239 : « Les sûretés réelles fondées sur l'octroi d'un droit de propriété au créancier (propriété réservée par le créancier ou propriété cédée au créancier à titre de garantie) placent, elles, le créancier dans une situation d'exclusivité qui le fait échapper à tout concours avec les autres créanciers de son débiteur, le bien grevé étant sorti du patrimoine de ce dernier ou bien n'y étant jamais entré » ; F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *JCP E* 2009. 1808, n° 10 : « L'exclusivité qui découle de ce transfert [fiduciaire] en fait une sûreté particulièrement attractive pour son bénéficiaire : il ne subira pas le concours des autres créanciers du constituant de la sûreté – alors que la plupart des titulaires de sûretés réelles peuvent être primés par des créanciers mieux privilégiés et que les biens grevés à leur profit ne pourront habituellement pas être appréhendés directement lors de la procédure collective du constituant » ; D. Legeais, *op. cit.*, n° 386, p. 316 : « Parfois, cependant, la sûreté réelle confère plus qu'un droit au paiement préférentiel à son bénéficiaire. Tel est le cas lorsque le créancier va bénéficier d'une situation d'exclusivité. Il ne craint ainsi aucune concurrence si la sûreté l'investit d'un droit de propriété sur le bien » ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 35, p. 35 : « Le droit exclusif qu'un créancier se réserve sur un bien maintenu dans son propre patrimoine n'est pas une sûreté réelle. Seule constitue une telle sûreté, le droit de préférence qui est donné au créancier sur tout ou partie du patrimoine du débiteur ou d'un tiers ». On peut également se référer, en droit des procédures collectives, à C. Houin-Bressand, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *RDBF* mars 2010, dossier 12, n° 1 : « Le succès rencontré par les garanties fondées sur la propriété au cours de ces dernières décennies n'est plus à démontrer. En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur, ces sûretés présentent l'avantage primordial de permettre au créancier d'exercer ses droits sur un bien sur lequel la procédure ne peut avoir qu'une emprise réduite du fait qu'il n'appartient pas au débiteur ». Cette idée se retrouve même à l'étranger, v. L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 5^e éd., 2015, n° 2044 et s., p. 1094 et s. : « Sous l'hypothèque, le bien hypothéqué demeure la propriété du constituant et par conséquent demeure le gage commun de ses créanciers ; ceux-ci, par voie de saisie, ont accès à tous les biens de son patrimoine, y compris les biens hypothéqués [...] Au contraire, le bien transféré dans le patrimoine fiduciaire n'appartient plus au constituant. Ce dernier – ou ses créanciers par action oblique – sont incapables de révoquer ce transfert. Sous réserve d'une annulation judiciaire à la suite d'une action en inopposabilité, le transfert fait échapper les biens fiduciaires

qu'elle est matérielle, permet de s'assurer que les créanciers concurrents ne pourront faire valoir leurs droits sur le bien qu'après complet désintéressement du rétenteur. Les modes de fonctionnement des sûretés préférentielles et des garanties exclusives apparaissent donc très différents : les premières s'organisent autour d'une priorité dans la distribution, alors que les secondes accordent une exclusivité dès leur conclusion. Cette différence majeure emporte nécessairement des conséquences importantes lorsqu'il s'agit de traiter les situations dans lesquelles plusieurs créanciers disposent de droits spéciaux sur le même bien.

53. Le concours de droits de préférence. En matière de sûretés préférentielles, la notion fondamentale est celle de « concours ». Elle appartient au vocabulaire procédural et peut être définie comme « *l'exercice simultané et au sein d'une même procédure de droits ayant le même objet et la même finalité* »¹. Elle semble donc caractérisée par deux éléments cumulatifs : une pluralité de droits portant sur un même objet d'une part², l'exercice simultané de ces droits d'autre part. Il faut alors s'intéresser à la manière dont le concours est résolu en présence de sûretés préférentielles. Si plusieurs créanciers chirographaires saisissent un même bien dont la valeur est insuffisante pour les désintéresser tous, le principe est celui du paiement proportionnel. Le droit des sûretés préférentielles y substitue une hiérarchie, un classement légal des droits de préférence. Celui qui occupe le premier rang doit alors être intégralement désintéressé, puis le deuxième, puis le troisième, etc., jusqu'à épuisement total de la valeur du bien. Plusieurs droits préférentiels peuvent donc être constitués sur le même bien, étant entendu

au droit de gage commun des créanciers du constituant et aux priorités ou hypothèques légales autrement susceptibles de frapper ces biens à leur profit [...] La fiducie-sûreté place ainsi son bénéficiaire à l'abri de la concurrence des créanciers ordinaires du constituant ».

¹ L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 54, p. 42. V. également S. Fucini, *La priorité en droit privé*, préf. S. Cimamonti, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 183, 2019, n° 166 et s., p. 130 et s., qui définit le concours comme une confrontation de prétentions de même nature et compatibles portant sur le même objet, C. Gijssbers, th. précitée, n° 127, p. 122 : « *la règle d'égalité posée à l'article 2285 ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'une situation de concours entre créanciers, ce qui suppose la réunion cumulative de deux éléments : l'un, matériel ou économique, qui est l'impossibilité de satisfaire tous les créanciers avec les biens qui font l'objet des poursuites ; l'autre, formel ou procédural, qui est l'exercice simultané, par les créanciers, de leur droit de poursuite sur les biens en cause [...] faute de quoi la loi de la course tiendra lieu de juge de paix entre créanciers, indépendamment de toute cause de préférence* », ou encore R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 401, p. 413, à propos d'un arrêt estimant qu'il ne fallait pas tenir compte des privilèges en cas de pluralité de saisies-attribution pratiquées le même jour : « *L'ambiguïté vient ici du terme « concours » qui, dans une acception classique, mais certainement dépassée, évoque une répartition au marc-le-franc [...], mais qui, de manière plus neutre, caractérise l'hypothèse où plusieurs créanciers, chirographaires ou non, prétendent exercer simultanément leurs droits sur les mêmes sommes* ». Les auteurs belges se prononcent également en ce sens, ainsi J. Caeymaex et T. Cavenaile, *op. cit.*, n° 32, pp. 41-42 : « *Il y a concours dès que le produit de réalisation des biens sur lesquels est poursuivie l'exécution forcée ne suffit pas à les désintéresser tous, alors même que le débiteur posséderait d'autres biens qui ne sont pas visés par les poursuites* ».

² La préférence ne peut jamais se concevoir sans exercice de droits concurrents sur le même objet, rapp. P. Voirin, « Le pacte de préférence », *JCP* 1954. I. 1192, n° 4 : « *La préférence tranche une rivalité entre deux candidats à l'acquisition. Le pacte qui l'établit implique donc, comme condition de son exécution, cette rivalité* ».

que, plus le rang conféré par la sûreté est faible, moins le créancier a de chances d'obtenir son paiement. Cette coexistence peut mettre en concours des titulaires de sûretés de natures différentes – par exemple, un privilège général, un privilège mobilier et un gage de meuble corporel – ou de même nature, ce qui arrive fréquemment en matière immobilière. Il s'agit là d'une situation favorable pour le débiteur, autorisé à tirer parti de l'intégralité des potentialités de crédit de son patrimoine. Il peut grever tous ses biens de plusieurs sûretés réelles, dans les limites de ce que les créanciers sont prêts à accepter. Ce n'est que le corollaire du principe selon lequel le droit de préférence n'agit qu'au stade de la distribution, et ne stérilise donc pas les utilités du bien avant cette date.

54. Cette médaille présente toutefois un revers : le principe hiérarchique reposant sur un classement légal, le législateur est libre de moduler la faveur accordée aux titulaires de sûretés traditionnelles en fonction de l'intérêt qu'il leur porte. Or, il se trouve que les sûretés préférentielles ne sont pas jugées très favorablement par les pouvoirs publics, et ce depuis le milieu des années 1980. Nombre de privilégiés, pour des sommes d'une ampleur parfois immense, passent devant les titulaires de sûretés conventionnelles, alors que le droit des procédures collectives, tout entier tourné vers le redressement des entreprises en difficulté et le maintien des emplois menacés par les « faillites », rend largement inefficace le droit de préférence jusqu'à la phase de liquidation judiciaire, sorte de procédure de distribution géante comprenant tout l'actif du débiteur en difficulté... dans laquelle les créanciers privilégiés sont encore appelés à exercer leurs droits avant les titulaires de droits de préférence. L'on comprend alors que ces derniers se soient dirigés vers les garanties exclusives, dont l'efficacité est bien supérieure.

55. Le conflit de droits exclusifs. En effet, si les sûretés préférentielles dérogent à la loi du concours en permettant à leur titulaire d'y figurer de la meilleure manière possible, les garanties exclusives l'écartent tout bonnement. Le concours suppose en effet une pluralité de droits sur le même objet, alors que le monopole de pouvoirs conféré par l'exclusivité la rend, par définition, impossible. Que le bien se situe hors du patrimoine du débiteur ou qu'il soit insaisissable avant que le créancier ne soit intégralement désintéressé, il ne peut y avoir de coexistence entre droits spéciaux sur le bien grevé d'une garantie exclusive. La constitution

d'une telle garantie provoque alors un gaspillage du crédit du constituant : la valeur du bien grevé d'un droit exclusif doit revenir au créancier garanti, et la différence entre cette valeur et le montant de la créance garantie intègre le patrimoine du constituant, libre de droits spéciaux. Il aurait pourtant été préférable de pouvoir l'affecter à la garantie d'un autre créancier, notamment dans les hypothèses où la valeur du bien est nettement supérieure au montant de la créance garantie. Par ailleurs, la titularité d'une garantie exclusive n'a rien d'une assurance tous-risques : ironie du sort, les créanciers se ruant vers l'exclusivité, un grand nombre de cas de conflits se sont développés. Le conflit, à la différence du concours, s'analyse en l'exercice d'une pluralité de droits incompatibles sur le même objet¹. Les droits des titulaires de sûretés préférentielles sont pleinement compatibles grâce à la technique du classement : trois créanciers hypothécaires peuvent prétendre à participer à titre préférentiel à la distribution du prix de vente, chacun appréhendant la valeur du bien dans la limite du montant de sa créance et après que le créancier de rang supérieur a pris ce qui lui revenait. A l'inverse, quels que soient les montants des créances en cause, deux garanties exclusives ne peuvent jamais produire leurs effets concomitamment. Quel serait le sens d'un monopole partagé ? Il y a donc nécessairement un perdant qui, malgré sa position théoriquement inexpugnable, se fait totalement exclure de la distribution des fonds représentant la contre-valeur de l'assiette de sa garantie. Initialement traités comme les enfants-rois d'un législateur prêt à passer tous leurs caprices, les créanciers exclusifs sont désormais assimilés aux héritiers d'un « *testateur, débordant de générosité, qui sème la zizanie en prodiguant les legs au point d'en enchevêtrer les objets* »².

56. La jurisprudence est riche d'exemples en ce sens, le conflit se tranchant la plupart du temps par la comparaison des dates d'opposabilité des droits : le vendeur réservataire l'emporte ainsi en principe sur le cessionnaire de la créance de prix de revente, mais peut également se

¹ En ce sens, B. de Bertier-Lestrade, *Le conflit d'actes juridiques en droit privé*, préf. L. Rozès, PUAM, 2003, n° 199 et s., p. 113 et s., not. n° 201, p. 115 : « *Les notions de « concours » et de « conflit » doivent donc être distinguées, dans la terminologie générale, dans la terminologie juridique, plus particulièrement lorsqu'ils mettent aux prises des actes juridiques. Le concours d'actes apparaît davantage comme une situation de concurrence entre des actes compatibles, alors que le conflit d'actes est un état d'opposition élevé entre ces actes* ». Et l'auteur de poursuivre, n° 203, p. 117 : « *Le concours de gages, de nantissements ou d'hypothèques sur un même bien mobilier ou immobilier est théoriquement concevable puisque les actes constitutifs de ces sûretés ne sont pas juridiquement incompatibles. Au contraire, plusieurs aliénations successives d'un même bien mobilier ou immobilier, au profit d'ayants cause distincts, ne sont pas juridiquement compatibles* ». On relèvera enfin ce passage, n° 210, p. 119 : « *il existe aussi une différence de régime du concours d'actes et du conflit d'actes, car le conflit d'actes commande l'exclusion de l'un des actes inconciliables, alors que le cumul des actes en concours est concevable* ». V. également L. Bougerol-prud'homme, th. précitée, n° 60, p. 46 : « *L'exclusion de tout concours avec les autres créanciers n'exclut pas la possibilité d'un conflit, stricto sensu, avec des prétentions concurrentes et inconciliables sur le même bien* ».

² M. Cabrillac, « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance de prix de revente », *D.* 1988. chron. XXXVI, n° 1, p. 225.

faire évincer par lui si les parties ont procédé à une cession de créance future¹, tout comme le premier cessionnaire peut exercer son recours contre le deuxième cessionnaire en date qui aurait reçu le paiement². Mais ce n'est pas tout, certains droits exclusifs étant supérieurs à d'autres grâce à leurs qualités intrinsèques, ce qui habilite par exemple le bénéficiaire d'un gage avec droit de rétention matériel à primer le réservataire antérieur³, le titulaire d'un droit de rétention matériel à évincer le titulaire d'un droit de rétention fictif⁴, ou encore le sous-traitant, par le biais de son action directe, à pouvoir exercer son recours contre un cessionnaire Dailly⁵. L'affirmation de Mouly, selon laquelle « *l'idée de concours entre sûretés sur le bien [...] aide à distinguer les bonnes sûretés, celles dont le cumul est possible, des sûretés frustes et primaires qui en sont insusceptibles* »⁶, semble devoir être à nouveau approuvée. Les garanties exclusives, qui gaspillent le crédit du constituant et ne confèrent pas une sécurité absolue à leurs bénéficiaires, ne sont pas techniquement supérieures aux sûretés préférentielles. Leur cumul est impossible et leur caractère occulte prive de sécurité leurs bénéficiaires. L'existence de conflits incite alors à remettre en cause la distinction trop tranchée de la préférence et de l'exclusivité. En effet, les garanties prétendent « exclusives » sont impuissantes à faire table rase du passé.

¹ En principe, le droit de propriété du vendeur réservataire empêche l'acquéreur de constituer des droits sur la créance de prix de revente. Cependant, dans l'hypothèse où la cession a eu lieu avant la revente, la créance est sortie du patrimoine de l'acquéreur-cédant, ce qui prive le vendeur réservataire de ses droits, ainsi que l'explique la décision Com., 14 décembre 2010, *Bull. civ. IV*, n° 199 (n° 09-71767) : « *après avoir relevé que la société ITEC avait cédé à la société OSEO sa créance sur la communauté urbaine le 18 août 2006, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que la subrogation n'avait pu s'opérer sur cette créance, sortie du patrimoine de la société Itec antérieurement à la mise en possession réelle du sous-acquéreur, en janvier et février 2007* ». Sur le dénouement de ce conflit, v. spé. J.-J. Ansault, « La cession Dailly dans la tourmente des procédures collectives », *Journ. Soc.* mars 2012, p. 18 et s., ainsi que P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 248, 1995, n° 390, p. 347.

² Art. 1325 C. civ. : « *Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement* ».

³ Com., 26 mai 2010, *Bull. civ. IV*, n° 98 (n° 09-65812) : « *L'action en revendication intentée par la société Toulze se heurtait au principe énoncé à l'article 2279 du code civil autorisant le créancier gagiste, possesseur présumé de bonne foi, à invoquer son droit de rétention à l'égard du vendeur avec réserve de propriété* ».

⁴ Com., 11 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n° 221 : « *le droit de rétention qu'invoquait la DIN en sa qualité de gagiste et comme étant réputé, en vertu de l'article 2, alinéa 3, du décret du 30 septembre 1953, avoir conservé la voiture en sa possession, ne pouvait prévaloir contre celui de Di Scala qui avait la détention matérielle du véhicule* ». Par exception, dans le conflit opposant gagiste avec dépossession et gagiste sans dépossession, le législateur a opté pour le retour à la règle de la primauté suivant la date d'inscription de la sûreté, le gagiste sans dépossession antérieur primant alors le gagiste avec dépossession postérieur, non obstat l'existence de son droit de rétention matériel, v. l'art. 2340, al. 2 C. civ.

⁵ Com., 22 novembre 1988 *Bull. civ. IV*, n° 317, p. 213 (n° 86-16400) : « *l'arrêt retient, par une exacte application du second alinéa de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975, que la société Fenwick, entrepreneur principal, ne pouvait céder à la banque la part de sa créance sur la société La Littorale, maître de l'ouvrage, correspondant à sa dette envers la société Exocat, sous-traitant, sans avoir obtenu préalablement et par écrit un cautionnement ; la cour d'appel a pu en déduire, sans avoir à chercher la date à laquelle la cession a été notifiée, ni celle portée sur le bordereau, ni celle de l'exercice de l'action directe, ni à vérifier si, en l'espèce, la troisième de ces dates était antérieure à la première, et sans être tenue, dès lors, de répondre aux conclusions invoquées, que la cession de créance litigieuse était inopposable à la société Exocat* ». V. également l'autre arrêt rendu le même jour, *Bull. civ. IV*, n° 318, p. 213 (n° 87-10802).

⁶ C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, n° 35 bis, p. 552.

Or, pour un créancier, en pratique, quelle différence y a-t-il entre la situation dans laquelle il se voit refuser l'accès à la valeur du bien grevé sur le fondement d'un droit préférentiel et celle où c'est un droit exclusif qui l'évince ? Par ailleurs, à bien y réfléchir, tous les arguments traditionnellement avancés au soutien de la thèse retenant une différence de nature entre sûretés préférentielles et garanties exclusives peuvent être réfutés, tant les deux catégories se sont rapprochées ces dernières années.

B) La proximité réelle entre la préférence et l'exclusivité

57. Sûretés préférentielles et droit de propriété. L'argument classique selon lequel, faute de droit de propriété ou de droit de rétention, le titulaire d'une sûreté préférentielle est bien moins protégé que celui qui bénéficie d'une garantie exclusive doit être largement relativisé. En effet, aux termes du deuxième aliéna de l'article 2341 du Code civil, lorsque la convention de constitution d'un gage avec dépossession portant sur des choses fongibles n'oblige pas le bénéficiaire à séparer les biens gagés de ceux qui lui appartiennent, le mélange qui s'opère dans son patrimoine réalise un transfert de propriété des biens gagés¹. Evidemment, il s'agit là d'un transfert aux fins de garantie, qui n'investit pas le créancier de tous les pouvoirs d'un véritable propriétaire. Tenu d'une obligation de restitution, il doit s'assurer d'être en mesure de rendre au débiteur ce qu'il lui a remis s'il exécute correctement son obligation. Dans une telle situation, il paraît alors bien difficile de distinguer le gage de la fiducie², la protection du créancier reposant sur les mêmes mécanismes dans les deux hypothèses³.

58. De même, il n'est pas impossible pour la sûreté préférentielle de conférer à son titulaire des pouvoirs que l'on rattache traditionnellement au droit de propriété. C'est ainsi que les garanties financières du Code monétaire et financier peuvent, qu'elles soient constituées par une remise en pleine propriété ou par des sûretés plus classiques, investir leur bénéficiaire du

¹ Art. 2341, al. 2 C. civ. : « Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ».

² L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et Patr.* juill. 2007 : « le gage avec dépossession de choses fongibles et dispense de les tenir individualisées, dont il est dit que le créancier « acquiert la propriété » (C. civ., art. 2341, al. 2), ressemble à s'y méprendre à la fiducie-sûreté ». Sur le fonctionnement de la fiducie-sûreté, v. *infra*, n° 68 et s.

³ Si bien que l'on peut qualifier ce mécanisme de fiducie innommée, v. *infra*, n° 239 et s.

droit d'« *utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause* »¹, la garantie se reportant sur les biens équivalents remplacés par le bénéficiaire. L'*usus* et l'*abusus*, membres du triptyque définissant classiquement le droit de propriété comme un faisceau de pouvoirs, peuvent donc être dissociés et attribués au bénéficiaire d'une sûreté préférentielle². Il ne faut bien sûr pas exagérer la portée de ces pouvoirs : la finalité de l'opération, la garantie du paiement d'une créance, impose là encore au bénéficiaire l'obligation de restituer des biens équivalents à ceux qu'il a aliénés, cette équivalence étant définie précisément par les textes. Il devient cependant difficile de distinguer le nantissement de compte-titres constitué en garantie d'une obligation financière, dans lequel le bénéficiaire est autorisé à effectuer tous les arbitrages nécessaires au maintien de la valeur du portefeuille de titres financiers, et la fiducie-sûreté portant sur ce même portefeuille et dont l'acte constitutif habiliterait le fiduciaire à gérer librement les titres grevés dans l'attente du dénouement de l'opération³... Le bénéficiaire d'une sûreté préférentielle est donc, dans plusieurs hypothèses, investi des pouvoirs d'un propriétaire, ce qui conduit à relativiser la distinction tranchée du droit exclusif qui protège immédiatement son bénéficiaire et du droit préférentiel dormant jusqu'à la distribution⁴. La nuance mérite également d'être apportée au stade de la réalisation des différentes garanties.

¹ Art. L. 211-38, III CMF.

² V., en droit belge, T. Hürner, « Aspects controversés des sûretés et privilèges financiers », *Forum Financier / Droit bancaire et financier*, 2008/1, p. 37 : « ce droit d'utilisation des instruments financiers [...] a pour effet de rendre particulièrement floue la frontière traditionnellement tracée entre gage et transfert de propriété à titre de garantie » ; en droit luxembourgeois, I. Riassetto, « Le droit d'utilisation du créancier bénéficiaire d'une garantie financière », *Journal des Tribunaux*, Luxembourg, 2010, n° 17, p. 18 : « Le créancier bénéficiaire du droit d'utilisation dispose non seulement, comme son nom l'indique, du droit d'utiliser (usus) les biens remis en garantie pour son propre compte, mais aussi du droit d'en percevoir les fruits (fructus). Surtout, il bénéficie du droit d'en disposer à des fins personnelles, et ce « comme s'il en était propriétaire » (abusus) ».

³ Rappr. R. Parolai, Ph. Stoffel-Munck, F. Armand, « Les sûretés en matière financière projetées dans une nouvelle ère par la directive Collateral », *Banque et Droit* nov.-déc. 2005, p. 6 : « Le dispositif légal se présente comme une échelle graduée qui va des sûretés sans transfert de propriété ni re-use aux garanties translatives de propriété, la stipulation de re-use étant un échelon intermédiaire ».

⁴ En ce sens, B Gelpi, « Le droit de réutilisation », *RDBF* janv. 2007, dossier 3, n° 43 : « le nouveau droit dépasse les prismes d'analyse classique de notre droit et constitue un « étrange animal », une « quasi-propriété », ou une « propriété apparente ». Il présente tous les caractères d'une propriété assortie des prérogatives y afférentes, à l'exception de l'absence de transfert de propriété et de l'obligation de restituer les biens ou des titres ou leur équivalent » ; J. Granotier, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. D. Cohen, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, n° 340, p. 186 : « Le « droit d'utilisation » du bénéficiaire est donc fondé sur la propriété temporaire des titres » ; M. Julienne et S. Praicheux, « Réforme du Code civil, crise financière, blockchain : où en sont les garanties financières ? », *RDBF* sept. 2018, dossier 32, n° 16 : « La directive se joue en retour de l'opposition entre les propriétés-sûretés et le nantissement en introduisant dans ce dernier un droit de « réutilisation » (ou re-use) permettant au créancier nanti de disposer des actifs grevés « comme s'il était propriétaire » [...] La décorrélation ainsi opérée entre propriété et droit de disposer offre en quelque sorte une image inversée de la fiducie civile, qui proclame haut et fort un transfert dont elle s'efforce ensuite de limiter les effets. On doit ainsi comprendre que, lorsqu'il est fait usage du re-use, la propriété passe directement de la tête du constituant sur celle du tiers acquéreur ; que les créanciers du nanti ne peuvent jamais saisir, dans le patrimoine de ce dernier, les actifs grevés ; et que le bénéficiaire, qui malgré tout n'est pas le propriétaire, ne peut exercer les droits de vote attachés aux titres nantis. Tout ceci est fort ingénieux, mais qui ne voit la contradiction qu'il peut y avoir à décourager le recours à la propriété-sûreté tout en laissant libres les parties de transformer un nantissement en une « quasi-fiducie » ? » ; S. Praicheux, « La transposition en droit français de la directive européenne sur les contrats de garantie financière »,

59. La proximité des modes de réalisation. En principe, les modalités de réalisation des sûretés préférentielles et exclusives sont très différentes : l'acquisition ou la récupération de la « liberté de disposer » du bien en matière de sûretés-propriétés et la passivité du rétenteur qui se contente d'attendre son paiement s'opposent frontalement à l'appréhension d'une partie des fonds issus de la vente du bien grevé en matière de gage, de nantissement ou d'hypothèque. Se contenter de ces éléments serait toutefois s'en tenir à une approche superficielle de la situation. Sans compter les modes exclusifs de réalisation des sûretés traditionnelles – attribution judiciaire et pacte comissoire, dont il sera démontré plus tard qu'ils sont impuissants à chasser totalement la logique des rangs, ce qui implique que cette exclusivité n'est qu'une façade¹ – force est de constater que la réalisation des garanties exclusives se rapproche de plus en plus de celle des sûretés préférentielles².

60. La clause de réserve de propriété est, à première vue, bien distincte des autres sûretés réelles. L'on verra par la suite que cette intuition se confirme lorsque la clause porte sur le bien, en nature³. A l'inverse, quand elle permet l'appropriation du prix de revente du bien grevé ou l'appréhension de l'indemnité compensant sa disparition, elle ressemble à une sûreté réelle classique. Les solutions sont encore plus étonnantes s'agissant de la revendication des biens fongibles. D'abord permise dans le Code de commerce⁴, la Cour de cassation affirmant alors que la propriété des biens fongibles était attribuée au réservataire par l'effet de l'action en revendication⁵, elle a été intégrée dans le Code civil à l'occasion de la réforme du 23 mars 2006⁶. Il faut bien réaliser le caractère exceptionnel de ce mécanisme : le créancier est ainsi

RDBF mai 2005, étude 9, n° 36 : « Le gage avec faculté de ré-utilisation correspond [...] à une figure intermédiaire entre le gage traditionnel et la propriété-sûreté » ainsi que *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. Ghozi, Revue Banque Édition, 2004, n° 376, p. 251 : « l'usage de ce droit [de disposer de la chose affectée en garantie], qui crée une obligation complémentaire de restitution d'actifs équivalents à la charge du créancier, transforme le contrat de gage en un contrat de propriété-sûreté » ; H. Synvet, « Les garanties financières », *RDBF* janv. 2007, dossier 1 : « comment concevoir que le créancier gagiste, qui par définition n'est pas propriétaire du bien engagé et doit en assurer la conservation, puisse en disposer librement ? Et que reste-t-il de la distinction du gage et du transfert de propriété à titre de garantie si, dans les deux cas, le bénéficiaire peut aliéner le bien remis et est seulement tenu de restituer un bien équivalent lors du dénouement de l'opération ? ».

¹ V. *infra*, n° 632 et s.

² Sur la réalisation de la fiducie, assimilable à un pacte comissoire, v. *infra*, n° 97, p. 99, ainsi que n° 637 et s.

³ V. *infra*, n° 93 et s.

⁴ Art. L. 624-16 et s. C. com.

⁵ Com., 5 mars 2002, *Bull. Civ. IV*, n° 48, p. 48 (n° 98-17585) : « l'article 121, alinéa 3 in fine, de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 621-122, alinéa 3 in fine, du Code de commerce énonce une règle de fond, attribuant au revendiquant la propriété des biens fongibles qui se trouvent entre les mains de l'acheteur dès lors que ceux-ci sont de même espèce et de même qualité que ceux qu'il a livrés [...] la cour d'appel, qui a dit n'y avoir lieu de prendre en considération le moyen selon lequel la rotation rapide des stocks exclut que les marchandises retrouvées en nature chez le débiteur soient celles mêmes vendues par la société avec une clause de réserve de propriété, a légalement justifié sa décision ».

⁶ Art. 2369 C. civ.

habilité à exercer son droit exclusif sur des biens dont il est certain qu'ils ne lui appartiennent pas. La logique du droit de propriété s'estompe alors, la matérialité des biens grevés passant au second plan. Les caractéristiques mêmes de l'exclusivité ont, plus récemment, été mises à mal par le *vade mecum* rédigé par la Cour de cassation à l'attention de la pluralité de créanciers revendiquant les mêmes biens au sein d'un ensemble insuffisant à les désintéresser tous. En effet, à l'occasion d'un arrêt rendu le 29 novembre 2016, la Haute Cour a pu affirmer qu'en une telle hypothèse, c'est la règle égalitaire qui a vocation à jouer, car les biens « *doivent leur être restitués à proportion de la quantité livrée par chacun d'eux et restant impayée à la date de l'ouverture* »¹. Le droit exclusif initialement promis au réservataire a donc été réduit à la hauteur d'un simple privilège², et les effets de la réserve de propriété dans cette hypothèse se rapprochent de ceux produits par le droit de gage général³ ! Bien loin de pouvoir évincer les autres créanciers, le réservataire de choses fongibles se trouve littéralement en concours avec eux, concours égalitaire qui plus est, car tous les revendiquants disposent de droits de vigueur équivalente. La répartition des pertes suivant la règle proportionnelle signifie donc que les juges ont estimé que les droits des différents revendiquants étaient compatibles, solution parfaitement inconcevable au moment de l'entrée en vigueur de la loi Dubanchet⁴, ce qui chasse le conflit pourtant caractéristique de la rencontre entre plusieurs droits exclusifs portant sur le même bien.

¹ Com., 29 novembre 2016, n° 15-12350 ; *Dr. et Patr.* mai 2017, obs. A. Aynès ; *RTD Civ.* 2017. 200, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2017. 1164, n° 7, obs. Ph. Pétel.

² Rapp. P. Crocq, obs. précitées, assimilant le revendiquant de choses fongibles à un créancier privilégié et favorable à une distribution proportionnelle des biens fongibles, mais faisant du montant impayé la clé de répartition. Cette solution n'est pas souhaitable dans la mesure où les revendiquants n'invoquent pas leur droit de créance, mais leur droit de propriété, qui ne s'analyse pas comme un simple accessoire de la créance, v. *infra*, n° 105 et s. V. surtout F. Pérochon, « La revendication favorisée », *D.* 1994. 251, n° 18, ainsi que Ph. Pétel, « Retour sur la revendication de choses fongibles », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 571 et s., et ses obs. précitées. Cet auteur estime que les revendiquants de choses fongibles sont des créanciers privilégiés de même rang devant être départagés suivant la méthode exposée à l'art. 2326 C. civ. Cette solution a également l'avantage de s'harmoniser avec le principe de répartition proportionnelle des titres financiers revendiqués en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'intermédiaire qui les détient, prévu à l'art. L. 211-10, al. 2 CMF en cas d'insuffisance des titres.

³ V. A. Aynès, obs. précitées : « *Les vendeurs ont des droits équivalents sur les biens fongibles se trouvant entre les mains du débiteur au jour du jugement d'ouverture. Par ailleurs, la loi donne à chacun d'eux un délai de trois mois, à compter de la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales du jugement d'ouverture, pour agir en revendication. Dans ces conditions, rien ne justifie que l'un soit préféré à l'autre, au seul motif qu'il a agi plus tôt. La règle est comparable à celle qui prévaut lorsque plusieurs créanciers chirographaires saisissent le même bien et que sa valeur est insuffisante pour les désintéresser tous (C. civ., art. 2285). Se trouve ainsi transposée en matière de sûreté-propriété, qui confère en principe une situation d'exclusivité censée faire échapper le créancier à la loi du concours propre au droit de gage général, une règle... du droit de gage général !* »

⁴ M. Pédamon, « Considérations comparatives sur la loi du 12 mai 1980 », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 215 : « *il n'y a pas de place, en l'état actuel des textes, pour une copropriété des fournisseurs, non plus que pour une revendication de chacun au prorata de sa contribution à la formation du stock* ».

61. La situation du rétenteur fictif interpelle également. Là où le rétenteur matériel peut s'assurer que le bien sur lequel il exerce son emprise ne pourra être appréhendé ni par le débiteur, ni par les tiers, quels sont les pouvoirs du gagiste sans dépossession bénéficiant de l'article 2286, 4° du Code civil ? Le droit des procédures collectives est extrêmement révélateur sur ce point : ce rétenteur est uniquement autorisé à appréhender les fonds issus de la vente du bien grevé, qu'il s'agisse d'une cession partielle d'activité, d'une cession d'entreprise ou encore d'une cession isolée dans le cadre d'une liquidation judiciaire¹. A la manière du droit de préférence, ce droit de rétention fictif est totalement dépourvu d'utilité avant la date de distribution du produit de la vente du bien grevé. Par ailleurs, sa seule utilité est de conférer à son titulaire un droit à l'appréhension de ce produit, avant tout autre créancier². Ce droit se rapproche singulièrement du superprivilège accordé aux salariés³. Lorsque la garantie porte uniquement sur la valeur du bien pour conférer le premier rang à son bénéficiaire, la distinction des sûretés réelles et des garanties exclusives devient impossible⁴. La *summa divisio* des garanties portant sur des biens précis, et non sur l'intégralité d'un patrimoine, ne peut donc être celle qui oppose préférence et exclusivité. Ce clivage est largement artificiel et mérite d'être réduit à ses véritables dimensions.

¹ Art. L. 622-7 C. com., lu *a contrario*.

² Sur ce point abondamment commenté, v. l'article fondateur de F. Derrida, « La « dématérialisation » du droit de rétention », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, n° 1, p. 178 : « si l'on devait généraliser [l'efficacité du droit de rétention dans les sûretés mobilières sans dépossession], les créanciers titulaires de gages sans déplacement pourraient souvent être payés par préférence à tout autre, quel que soit le rang de leur sûreté sur le terrain des privilèges. Seraient alors bouleversées toutes les règles posées de manière expresse par le législateur pour résoudre de tels conflits ; l'efficacité pratique de ces sûretés s'en trouverait évidemment accrue. De plus, ces solutions pourraient faire tache d'huile et atteindre le droit de rétention indépendant du gage ; ce droit de rétention conférerait à son titulaire une prééminence directe lui permettant d'imposer son paiement avant celui de tout autre créancier ; il deviendrait un véritable privilège, de manière plus précise une sorte de « superprivilège » », ainsi que n° 16, p. 197 et n° 18, p. 198. V., plus récemment, G. Ferreira, « Le nantissement de second rang sur compte d'instruments financiers », *JCP E* 2005. 80, n° 7-8 : « L'article L. 431-4 du Code monétaire et financier reconnaît, à l'image du régime du gage des biens corporels, le droit de rétention du créancier gagiste. Encore que cette rétention, dont on reconnaît le caractère purement fictif, n'a pas la portée qui lui est réservée dans le gage de biens corporels [...] le droit de rétention retrouve son sens dans la réalisation simplifiée du gage. Ceci s'explique par l'idée que la rétention fait échec à la restitution opposable à tous. Il est l'expression d'un privilège sur les valeurs composant le compte ». On y reviendra plus tard, v. *infra*, n° 872 et s.

³ Sur lequel, v. *infra*, n° 976 et s.

⁴ Rappr. P. Crocq, « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », in *Ruptures, mouvements et continuités du droit – Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, n° 24, p. 358 : « Aligner en partie le régime de la propriété-garantie sur celui des sûretés réelles traditionnelles, comme le font le législateur et la jurisprudence, revient à prendre le risque de ne plus considérer la propriété-sûreté que comme un droit de propriété structurellement réduit à raison de sa finalité et, dès lors, à ne plus bien percevoir la différence existant entre propriétés-garanties et sûretés réelles traditionnelles ». Le droit belge est allé encore plus loin, l'art. 89 de la loi du 11 juillet 2013 de réforme des sûretés mobilières prévoyant que « le droit de rétention donne lieu à un droit de préférence de créancier gagiste tel que visé à l'article 1^{er} ». Certaines législations sud-américaines se prononcent également en ce sens, A. Aynès, « Le droit de rétention », in C. Larroumet (dir.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Ed. Panthéon-Assas, Colloques, 2016, n° 18, p. 40.

62. Bilan : le brouillage des frontières. Résumons la situation : en principe, le droit de préférence joue au stade de la distribution du prix de vente du bien grevé, son intérêt étant alors de conférer au créancier bénéficiaire le meilleur rang qui soit dans le concours l'opposant aux autres créanciers du débiteur ; à l'inverse, le droit exclusif offre à son titulaire une position inexpugnable dès la conclusion de la garantie, en s'assurant que le bien ne puisse être saisi par les autres créanciers, soit qu'il ne fasse pas partie du périmètre de leur droit de gage général – il appartient donc au créancier –, soit qu'il faille d'abord désintéresser le rétenteur. Pourtant, certaines sûretés préférentielles confèrent des droits exclusifs *ab initio* – c'est le gage de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier – ou *in fine* – en cas d'attribution de la propriété du bien grevé –, voire permettent au créancier d'aliéner l'assiette de la sûreté. A l'inverse, les droits exclusifs entrent souvent en conflit, privant ainsi le créancier garanti de tout droit, alors qu'il était censé disposer d'un monopole afin d'appréhender sa valeur ; certains ont adopté la physionomie des sûretés préférentielles¹, le droit de rétention fictif n'étant rien d'autre qu'un droit de préférence de premier rang sur la valeur du bien soi-disant retenu, donc un superprivilège ; d'autres enfin, en contradiction totale avec la logique de l'exclusivité, tolèrent un concours, et donc une satisfaction proportionnelle de chaque créancier « exclusif » : c'est l'enseignement tiré de la pluri-revendication des choses fongibles. Il faut alors lever le voile de l'exclusivité et prendre conscience de ce que, bien souvent, elle ne constitue qu'une préférence de premier rang déguisée².

63. L'exclusivité, un subterfuge. Bien entendu, il n'est pas question d'affirmer que l'exclusivité ne se rencontre jamais en droit des sûretés. Ce qu'il faut comprendre, c'est que son

¹ On aurait également pu citer le droit des procédures collectives, dans lequel le titulaire d'une fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition ou le rétenteur fictif subissent la paralysie de leurs droits, en sauvegarde et redressement, comme de « simples » titulaires de sûretés préférentielles, le Livre VI du Code de commerce érigeant la distinction des sûretés avec et sans dépossession en *summa divisio*, v. *infra*, n° 695 et s.

² V., entre autres, P. Ancel et O. Gout, *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. Objectif droit, 8^e éd., 2019, p. 250 et s., traitant de la « porosité des frontières entre sûretés préférentielles et sûretés fondées sur la propriété » ; M. Julienne, « Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir ? », *RDC* juin 2018, p. 318 et s., n° 1 : « Nantissement et cession à titre de garantie sont aussi différents que peuvent l'être une sûreté-propriété et une sûreté traditionnelle, c'est-à-dire que très peu de choses les séparent » ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 181, p. 175 : « en observant de plus près la réalité économique de l'opération, et si l'on veut bien admettre que le débiteur reste fondamentalement le maître de la richesse affectée en garantie, c'est plutôt une différence d'efficacité que véritablement de nature qui semble séparer le droit exclusif alloué au créancier « propriétaire » des droits de préférence et de suite qui sont au cœur des sûretés réelles traditionnelles » ; M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », in *Liber amicorum, Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2005, n° 3, p. 173 : « Voilà bien ce qui fait courir nos créanciers vers les sûretés-propiétés : ce ne sont point les utilités de la chose, qu'ils n'auront pas ; ce n'est pas la valeur de la chose, qui ne saurait leur revenir en sus de celle de leur créance ; ce n'est pas la perpétuité, dont ils ne bénéficieraient pas ; c'est l'exclusivité, le tour de faveur, bref le privilège de premier rang ».

domaine est bien plus résiduel qu'il n'y paraît, et se limite en fait aux droits de rétention matériels, à la clause de réserve de propriété portant sur un ou des biens non fongibles avant la revente desdits biens, et au crédit-bail. L'impossibilité de remettre le bien à un tiers sans payer intégralement le rétenteur dans la première hypothèse et la conservation de son droit de propriété par le créancier dans les deux suivantes conduisent effectivement à reconnaître à ces garanties une nature différente des sûretés réelles au sens large, dans lesquelles il faut inclure toutes les formes de fiducie, ainsi que le droit de rétention fictif. L'exclusivité de la fiduciaire sûreté et des diverses techniques insérées dans le régime des sûretés préférentielles – réalisation par l'attribution de la propriété et droit de rétention fictif – ne sont que des arguments *marketing* affichés par un législateur soucieux de « mettre sur le marché » de nouvelles garanties capables de s'attirer les bonnes grâces des créanciers. Le recours à l'exclusivité est vu comme une panacée permettant de résoudre tous les problèmes affectant le droit des sûretés sans avoir à s'interroger sur les grands équilibres qui structurent la matière.

64. Le poids du passif privilégié rend inefficace les sûretés mobilières ? Il n'y a qu'à développer les modes « exclusifs » d'attribution de la propriété du bien gagé ! L'attractivité du gage sans dépossession paraît bien faible ? Le législateur lui adjoint immédiatement un droit de rétention « fictif », dont le fondement reste à démontrer¹ ! La procédure collective du débiteur réduit à néant la vigueur des sûretés conventionnelles ? Les soi-disant « sûretés-propiétés », la rétention et l'attribution doivent être pleinement efficace en liquidation, voire avant ! L'exclusivité est un argument de vente des nouveaux mécanismes qui dissimule mal que le système est à bout de souffle. Les créanciers, échaudés par la faible efficacité des droits de préférence, se rabattent sur ces nouvelles garanties, censées leur assurer le paiement à coup sûr.

¹ Rappr. C. Albigès et M.-P. Dumont, *Droit des sûretés*, Dalloz, HyperCours, 7^e éd., 2019, n° 389, p. 303 : « *La création de ce nouveau droit de rétention est indéniablement liée au semi-échec du gage sans dépossession, nécessairement dépourvu de droit de rétention. Dans la mesure où à côté de celui-ci, le gage avec dépossession (et donc droit de rétention) a subsisté, le gage sans dépossession n'a pas eu le succès escompté* » ; P. Crocq, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cah. dr. ent.*, juill. 2009, dossier 21 : « *Afin, du moins on le suppose, de donner un peu plus d'attractivité au gage de stocks du Code de commerce dont la réglementation est à la fois inutile et inadaptée aux besoins de la pratique, le législateur a éprouvé le besoin de renforcer son attractivité et, pour cela, il a décidé de le doter d'un droit de rétention fictif* ». Pourtant, malgré tous les efforts du législateur, les praticiens ne semblent pas se ruer sur ce nouvel instrument, v. C. Albigès, « La place du gage sans dépossession au sein des sûretés réelles mobilières », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 16 et s., p. 123 et s. C'est que, quoi qu'on en dise, « *on ne pourra [...] jamais gommer cette différence fondamentale irréductible entre les deux variétés [de gage] qui découle de ce que, dans un cas, le créancier a le bien entre les mains, tandis que dans l'autre cas, il ne l'a pas* » (L. Andreu, « Risque de non-paiement : le gage avec dépossession et le gage sans dépossession sont-ils équivalents ? », in L. Nurit-Pontier et S. Rousseau (dir.), *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012, p. 335).

Mais il faut bien insister sur le fait que, techniquement, rien ne justifie l'efficacité supérieure de ces causes d'exclusivité décrétées par le législateur¹. Si l'exclusivité porte excessivement atteinte au crédit du constituant, entrave la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives et, de plus, ne repose sur aucun fondement solide, alors, il devient possible de militer en faveur de l'alignement du traitement des garanties reposant une exclusivité par détermination de la loi sur celui des sûretés préférentielles.

65. La nécessité d'un choix politique fort en faveur de la préférence. Alors qu'une nouvelle réforme du droit des sûretés se profile à l'horizon, il faut effectuer des choix clairs. Si le législateur souhaite que les sûretés conventionnelles soient efficaces, qu'il le dise clairement et n'ait pas recours à des subterfuges². On peine à voir ce qu'une fiducie-sûreté a de plus qu'un gage avec dépossession, si ce n'est l'ajout du qualificatif de « droit exclusif » et du « premier rang » qui l'accompagne³. A n'en pas douter, un gage disposant d'un meilleur rang dans la

¹ Rapp., développant régulièrement l'idée que seule l'efficacité supérieure des sûretés-proprétés justifie que les créanciers y recourent aussi fréquemment, D. Legeais, « Rapport français – Les nouvelles fonctions de la propriété », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Vietnamiennes, T. LIII, Société de Législation Comparée, 2006, p. 422 : « la propriété-garantie n'est pas nécessairement la mieux placée pour constituer la garantie modèle. C'est que la propriété garantie malgré son intérêt pour le créancier présente certaines faiblesses majeures. Elle est souvent occulte et donc source de conflits innombrables et délicats à résoudre ; elle entraîne un gaspillage du crédit ; elle est surtout source d'incohérence du droit des sûretés dans la mesure où il est difficile d'admettre que le législateur consacre une institution qui a exactement la même finalité que les véritables sûretés et qui pourtant se voit conférer une plus grande efficacité que ces dernières » ; M. Grimaldi, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 26 juin 1996, p. 7 et s., *passim*. V. également N. Borga, « La concurrence des fiducies-sûretés », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 147 et s., estimant que, si la fiducie-sûreté est effectivement très efficace et bénéficie d'une polyvalence inégalée, il n'en demeure pas moins que son caractère occulte et la lourdeur de sa mise en place ne lui permettent pas de reléguer les sûretés traditionnelles au rang d'antiquités dépourvues d'intérêt. V. enfin C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018, n° 217 et s., p. 230 et s., énumérant tous les avantages techniques des sûretés préférentielles sur les sûretés-proprétés.

² Rapp. C. Gijsbers, th. précitée, n° 385, pp. 394-395 : « Libre à lui, en effet, de rehausser directement le rang de l'hypothèque, du gage et du nantissement, voire de proclamer leur résistance à la procédure collective si là est vraiment son souhait ! Ces techniques sont pleinement compatibles avec les avantages que l'on prête à la propriété-sûreté sans présenter, pour leur part, les nombreux inconvénients attachés à cette technique fruste [...] la levée des obstacles qui fragilisent traditionnellement les créanciers titulaires de sûretés traditionnelles constitue un problème de politique juridique, i. e. de hiérarchisation des valeurs dans l'organisation de la cité, qui mérite d'être posé frontalement devant le Parlement sans emprunter ces chemins de traverse - beaucoup moins raffinés techniquement et moins transparents démocratiquement - que constituent la fiducie-sûreté et la réserve de propriété » ; C. Juillet, « Un retour aux sources pour le droit de rétention », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, n° 35, p. 54 : « si l'idée est de conférer un paiement prioritaire au créancier pour rendre le gage sans dépossession efficace et attractif, il n'est nul besoin de recourir à l'artifice du droit de rétention. Il suffit de le dire clairement en renforçant l'efficacité de son droit de préférence. Cette observation nous semble d'autant plus vraie qu'en liquidation judiciaire [...] le droit de rétention se transforme en un « hyper-privilege » de tout premier rang. Dès lors, s'il s'agit de classer, c'est bien plus par son droit de préférence que par un droit de rétention sans consistance, que le gagiste sans dépossession doit primer », ou encore R. Dammann et V. Rotaru, « Plaidoyer pour une approche fonctionnelle du droit des sûretés », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 17, juin 2019, p. 32 : « Rien ne justifie [...] que les créanciers soient obligés de passer par la voie détournée d'une sûreté-proprété afin de protéger efficacement leurs droits. Si le régime prévu pour ces dernières est considéré justifié par le législateur, il doit être généralisé à l'ensemble des sûretés réelles ».

³ Rapp. L. Aynès et P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009. 2559, n° 10 : « dans le cas d'une fiducie-sûreté avec dépossession, quelle différence aurait-on pu faire entre un créancier fiduciaire, qui n'est pas pleinement

hiérarchie des droits de préférence s'attirerait les faveurs de la pratique¹. A quoi bon la propriété-sûreté, lorsque l'on peut être désintéressé en appréhendant à titre prioritaire la valeur du bien grevé ? Le droit de préférence est la technique la plus adaptée à un droit des sûretés moderne et cohérent : il rend possible la constitution de plusieurs sûretés sur un même bien, assure que toutes les potentialités de crédit du patrimoine du débiteur sont utilisées à leur maximum, sa publicité permet de prévenir tous les cocontractants du débiteur de l'état de sa surface patrimoniale et, enfin, ne remet pas en cause les finalités du droit des procédures collectives.

66. En effet, c'est essentiellement sur ce dernier point que le bât blesse : les rapports du droit des sûretés avec le Livre VI du Code de commerce sont aujourd'hui le champ d'un affrontement entre les tenants d'une articulation harmonieuse, privilégiant le redressement de l'entreprise sans laminer totalement les prérogatives des titulaires de sûretés, et les partisans de l'exclusivité, qui se prononcent en faveur de l'octroi aux créanciers d'un droit inaltérable à la valeur de la portion du patrimoine du débiteur qui est grevée de sûretés, qui disposeraient ainsi d'un droit de vie ou de mort sur l'entreprise en difficulté². Est-il véritablement acceptable de considérer que les créanciers doivent avoir tous les droits ? Que le créancier d'une obligation monétaire à terme puisse participer aux bénéfices de l'entreprise débitrice, en laissant peser sur ses seules épaules le risque d'échec³ ? Il nous semble que non, d'autant plus que le déclin des

propriétaire du bien donné en garantie et qui ne le deviendra qu'au jour de la défaillance du débiteur, et un créancier gagiste ou hypothécaire, qui a un droit réel sur le bien grevé et qui peut en devenir propriétaire en cas de défaillance du débiteur par l'effet d'une attribution judiciaire ou d'un pacte commissaire ? Au-delà des mots, il n'y avait plus de différence véritable entre ces deux créanciers ! Comment aurait-on pu alors justifier que leur sort ne soit pas exactement le même si une procédure collective est ouverte à l'encontre de leur débiteur ? Inéluctablement, un jour ou l'autre, le résultat aurait été que le sort de l'un aurait été aligné sur celui de l'autre à l'occasion d'une réforme du droit des procédures collectives ! »

¹ En ce sens, P. Crocq, « Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de propriétés-sûretés », in *Le monde du droit – Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, n° 3, pp. 255-256 : « On constate, aujourd'hui, dans tous les pays européens, que ce sont les défauts ou les insuffisances de ces sûretés élaborées [gage et hypothèque] qui ont entraîné une renaissance de la propriété-sûreté [...] si la propriété-sûreté est, d'une manière générale, peu utilisée à propos des immeubles, alors qu'on la rencontre fréquemment en matière mobilière, cela tient, en partie (l'autre raison étant d'ordre fiscal), au fait que, dans la plupart des pays, l'hypothèque demeure une sûreté suffisamment efficace alors que le gage, lui, bien souvent ne répond guère aux besoins de la pratique ».

² Sur ce débat, v. *infra*, n° 749 et s.

³ Le Protocole additionnel à la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001, qui concerne le matériel ferroviaire, est à ce titre particulièrement éclairant. Tout créancier bénéficiant d'une garantie ressortant du domaine de ce texte est libre de récupérer la possession du matériel ferroviaire grevé et de l'exporter hors de l'Etat d'exploitation en cas d'inexécution de son débiteur (art. VII). Dans l'hypothèse où une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur, le créancier est également certain de pouvoir soit récupérer le matériel, soit être intégralement remboursé (art. IX). Si le matériel ferroviaire est affecté à l'organisation d'une activité de service public, le créancier ne peut récupérer le matériel grevé, mais est tout de même assuré d'être remboursé de sa créance ou régulièrement payé, les droits du créancier prenant alors la forme des prérogatives appartenant à un bailleur (art. XXV). Quoi qu'il arrive, le créancier est donc garanti contre toute

sûretés traditionnelles n'est pas inéluctable. Une réforme courageuse, réhabilitant le droit de préférence, est à portée de main. Pour ce faire, il faudrait diminuer le poids du passif privilégié, afin de faire en sorte que le droit de préférence conféré par les sûretés conventionnelles ne soit pas systématiquement primé par une poignée de créanciers¹. De plus, il faudrait renforcer les atteintes portées par le droit des procédures collectives aux différents droits exclusifs, afin de diminuer leur attractivité et de signifier, par un choix symbolique fort, que le Livre VI du Code de commerce a préséance sur le droit des sûretés et que nul n'a de droit acquis à un paiement intégral, la qualité de créancier emportant des risques que la sûreté réelle peut diminuer, sans les faire complètement disparaître. Il faut insister sur le fait que le modèle actuel n'est pas viable : le législateur a d'abord estimé que certains créanciers méritaient un privilège de meilleur rang que les sûretés conventionnelles, puis que le redressement des entreprises et la sauvegarde des emplois méritaient que l'on impose des restrictions aux droits des créanciers antérieurs. Par la suite, il institue des droits exclusifs nuisant justement aux intérêts des créanciers privilégiés et aux chances de redressement des entreprises² ! On se convaincra de la réalité de ces incohérences en comparant la fiducie-sûreté, véritable sûreté réelle sur laquelle est greffée un droit exclusif, et les mécanismes de rétention de la propriété à titre de garantie, pour lesquels l'exclusivité se justifie par la conservation par le créancier d'un véritable droit de propriété.

éventualité défavorable... Rappr. Ph. Théry, « Le changement en droit des sûretés », *RDA* n° 10, fév. 2015, IV, p. 125 : « *Ce qui est étrange, ce sont les lamentations que l'on entend encore sur le sort des créanciers titulaires de sûretés, comme si le « retour sur investissement » devait toujours aller de pair avec une absence de risque...* ».

¹ Pour des propositions de réforme du droit des privilèges, v. *infra*, n° 954 et s.

² P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. ent.*, 1989/5, p. 8 : « *On ne saurait bien entendu s'affliger de ce que, à un moment donné, une nouvelle technique remplace un mécanisme préexistant devenu obsolète, inadapté : c'est la nécessaire évolution du droit [...] Beaucoup plus gênante est l'incohérence de fond qui peut résulter, dans certains cas, de la coexistence de sûretés traditionnelles que l'on déclare vouloir rabaisser, et de sûretés nouvelles, plus efficaces, qui échapperaient à cet affaiblissement. D'une part, le législateur affirme haut et fort, dans l'article 1^{er} de la loi de 1985, qu'il veut faire passer la sauvegarde de l'entreprise avant les intérêts des créanciers, et, à cet effet, il rabote les prérogatives de ces créanciers même s'ils sont titulaires de sûretés [...] Mais d'autre part le même législateur, et la même jurisprudence, mettent en place, pérennisent ou renforcent des mécanismes de garantie au profit de certains créanciers, mécanismes qui ne sont pas vraiment faits, on l'a vu, pour assurer la sauvegarde de l'entreprise, et qui peuvent même sérieusement la compromettre. N'y a-t-il pas là une curieuse contradiction ? » ; L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 602, pp. 531-532 : « *On pourrait s'attendre à un traitement cohérent de ces garanties de paiement, en particulier en cas de procédure collective. Or, et c'est bien pour cela que l'exclusivité s'est développée, le droit des entreprises en difficulté réserve un sort opposé aux deux grandes catégories de garanties réelles : alors que la primauté affichée de l'objectif de redressement de l'entreprise justifie le sacrifice des créanciers munis de sûretés spéciales traditionnelles, le législateur continue, non sans une certaine hypocrisie, de soutenir l'efficacité des droits exclusifs, sous quelques réserves ponctuelles ».**

§2) *Le rapprochement limité des sûretés traditionnelles et des propriétés-sûretés*

67. Plan. Si les propriétés-sûretés sont présentées comme un ensemble homogène, c'est en raison du rôle de garantie que joue le droit de propriété dans toutes les hypothèses. Dans le cas des fiducies-sûretés, le débiteur transfère la propriété d'un de ses biens à son créancier pour garantir le crédit consenti. Dans le cas de la réserve de propriété¹, les parties décident de tenir en échec la règle du transfert de propriété *solo consensu*, ce qui permet au vendeur de conserver la propriété de son bien tant que l'acheteur n'a pas payé l'intégralité du prix de vente. Ainsi, quelle que soit la propriété-sûreté envisagée, le créancier est propriétaire d'un bien, ce qui lui permet, en cas de difficultés économiques de son débiteur, d'être payé en primant tous les autres créanciers, sans avoir à passer par la procédure de concours. En effet, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté, en cas de non-paiement à l'échéance, acquiert la libre disposition du bien s'il se trouve entre ses mains² et le vendeur réservataire n'a qu'à revendiquer le bien dont il n'a jamais perdu la propriété³.

Cependant, la symétrie entre propriété cédée à titre de garantie et propriété retenue à titre de garantie⁴ est trompeuse. Elle laisse entendre que fiducies-sûretés et réserve de propriété fonctionnent de la même façon. Or, il n'en est rien⁵. Pour s'en convaincre, il faut examiner le rôle que joue le transfert de propriété dans chaque institution. L'on s'apercevra alors que le

¹ Les développements qui suivent ne mentionneront pas le mécanisme du crédit-bail et la situation du crédit-bailleur à titre principal. Bien qu'il s'agisse de l'autre cas de propriété réservée, il a déjà été démontré de nombreuses reprises que le crédit-bail ne constitue pas une sûreté. En ce sens, C. Albigès et M.-P. Dumont, *op. cit.*, n° 306, p. 501, ainsi qu'E. M. Bey, « La propriété : le crédit-bail envisagé comme sûreté », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 48 et s., qui considère qu'« il n'est pas juridique de considérer la propriété dans le crédit-bail comme une sûreté », bien qu'elle joue le rôle économique d'une sûreté. De plus, la loi ne qualifie pas le crédit-bail de sûreté, contrairement à la réserve de propriété. Mais des arguments tirés du régime du crédit-bail seront utilisés pour justifier notre point de vue sur la nature de la réserve de propriété, eu égard à la proximité entre ces deux institutions. A ce propos, Ph. Jestaz, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 227 et s., spé. p. 235 : « les juristes sont invités à prendre conscience de ce que la vente avec réserve de propriété n'était peut-être rien de plus que le film du crédit-bail projeté à l'envers ». On peut d'ores et déjà citer le fait qu'il n'est pas exact de considérer l'opération de crédit-bail comme un simple prêt à l'acquisition d'un bien garanti par la conservation du droit de propriété par le crédit-bailleur : en effet, le transfert de propriété n'est pas automatique à l'issue de l'opération même si le crédit-preneur s'acquitte régulièrement de ses obligations, une option lui étant présentée entre l'acquisition du bien, la conclusion d'un nouveau bail ou la remise du bien au crédit-preneur, v. P. Crocq, th. précitée, n° 123, p. 100 et s.

² En revanche, il devra demander la remise du bien en cas de conclusion d'une convention de mise à disposition du bien mis en fiducie, v. les art. 2372-3 et 2488-3, al. 1 et 2 C. civ.

³ Prérogative particulièrement intéressante en cas d'ouverture d'une procédure collective, v. *infra*, n° 652 et s.

⁴ Cette symétrie est la méthode d'exposition du droit des propriétés-sûretés retenue par la grande majorité des manuels.

⁵ V., déjà, P. Crocq, th. précitée, n° 48 et s., p. 38 et s. distinguant propriétés-garanties fiduciaires et propriétés-garanties non-fiduciaires (essentiellement la réserve de propriété et le crédit-bail), avant de conclure à la qualification de sûreté des premières uniquement (n° 292 et s., p. 243 et s.).

transfert de propriété supposé, qui intervient *ab initio*, n'est qu'un moyen de protéger le créancier en cas de fiducie-sûreté, et qu'il n'y a en réalité qu'affectation exclusive d'un bien du constituant à la garantie du paiement du bénéficiaire (A). En revanche, un véritable transfert a lieu *in fine* dans le cadre de la réserve de propriété car il s'agit de la finalité de l'opération, ce qui signifie que, tout au long de la vie de la garantie, le créancier conserve son droit de propriété (B).

A) Le transfert de propriété fiduciaire, justification de l'exclusivité du bénéficiaire

68. Panorama des fiducies-sûretés. Depuis la thèse de M. Witz, on peut définir la fiducie-sûreté comme « *le contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer en principe le bien lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer* »¹. L'un des mérites de cette thèse est d'avoir démontré que la fiducie-sûreté jouait déjà un grand rôle dans la pratique bancaire au cours des années 1970². A cette époque, elle se manifestait essentiellement sous la forme des opérations de pension³, de la cession de créances professionnelles dite « Dailly »⁴ et des différents gages-espèces⁵. Depuis, ont été ajoutées les garanties financières⁶, les couvertures des opérations de Bourse⁷ et la fiducie-sûreté du Code civil⁸. Leur importance dans la vie des affaires est indéniable.

¹ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1981, n° 151, p. 141.

² C. Witz, th. précitée, p. 155 et s. V. également, pour une liste exhaustive, H. de Vauplane, « La fiducie avant la fiducie – le cas du droit bancaire et financier », *JCP E* 2007. 2051. Adde, F. Estienny, *La fiducie : aspects juridiques et fiscaux – Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire*, préf. A. de Bissy, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 60, 2018, n° 22, p. 9, ou encore, énumérant les utilisations de la fiducie, souvent hors du droit bancaire et financier, dès le milieu des années 1990, A. Gobin, « Fiducies sans la fiducie », *JCP N* 1994. 101109.

³ Art. L. 211-27 CMF. Sur l'analyse de la nature juridique de la pension, v. J. Normand, « Les opérations bancaires de pension », *RTD Com.* 1966. 791, qui la définit comme « une opération de crédit par laquelle le crédité vend au créancier, qui les lui rétrocède pour un prix et une date convenus, des effets publics ou privés, moyennant rémunération du service rendu » (n° 32, p. 820).

⁴ Art. L. 312-23 et s. CMF.

⁵ Pour un panorama, v. P. Crocq, th. précitée, n° 43, p. 34 et s.

⁶ Art. L. 211-38 CMF.

⁷ Art. L. 440-7 CMF, qui renvoie à l'art. L. 211-38 précité.

⁸ Art. 2372-1 et s. ; art. 2488-1 et s. Il ne s'agit pas là d'une fiducie de droit commun, le patrimoine d'affectation se situant au cœur du dispositif légal, v. A. Aynès, « La fiducie-sûreté par et hors les textes », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 41, n° 6 et s. ; N. Borgia, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009, n° 257 et s., p. 252 et s. ; P. Crocq, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007. 1354, n° 7 : « Il apparaît ainsi que, par cette loi nouvelle, le législateur n'a pas entendu réglementer

69. Débat sur la teneur des droits du fiduciaire. Malgré le nombre et l'importance pratique des fiducies-sûretés, l'incertitude demeure sur la nature des droits du fiduciaire. Dispose-t-il d'un véritable droit de propriété sur les biens remis en fiducie¹ ou bien n'est-il titulaire que d'un droit diminué², analogue à celui qui est conféré au bénéficiaire d'une sûreté traditionnelle ? Les tenants de la première conception estiment que le fiduciaire est le véritable propriétaire mais qu'il a consenti un certain nombre d'obligations personnelles venant limiter son droit et augmenter celui de son débiteur. Ces auteurs mettent régulièrement en avant la distinction du « *Können* » et du « *Dürfen* » : le fiduciaire a, en principe, tous les pouvoirs sur le bien, mais ils sont en réalité limités par ses devoirs envers le constituant³. Le fiduciaire est ainsi tenu, entre autres, des obligations de ne pas disposer du bien au cours de la période fixée par

toutes les fiducies, en imposant que celles-ci donnent toujours lieu à la constitution d'un patrimoine d'affectation (ce qui aurait été alors énoncé au sein du régime applicable à toutes les fiducies dans un article distinct de celui définissant la fiducie), mais seulement les fiducies donnant lieu à constitution d'un patrimoine d'affectation, ce qui, a contrario, laisse ouverte la possibilité de constituer une fiducie-sûreté sans patrimoine d'affectation n'obéissant pas au régime juridique nouvellement créé. En conséquence, la loi nouvelle ne devrait pas s'appliquer aux aliénations fiduciaires à titre de garantie déjà admises en droit positif dont l'efficacité ne devrait ainsi pas être remise en cause », ou encore Ph. Dupichot, « Rapport introductif », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 24.

¹ En ce sens, estimant que la propriété du fiduciaire est la « véritable » propriété de l'art. 544 C. civ., P. Crocq, th. précitée, dont la première partie est consacrée à « l'absence totale d'influence de la fonction de garantie sur le droit de propriété » et, du même auteur, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 9 et s. ; C. Witz, th. précitée, n° 247, p. 243 : « le transfert à titre de sûreté ne porte pas atteinte à la structure unitaire du droit de propriété : le fiduciaire en acquiert tous les attributs, l'exercice du droit de propriété n'étant limité que par des obligations purement personnelles ».

² V., entre autres, C. Gijssbers, th. précitée, n° 95, p. 92 : « Utilisée comme garantie par les créanciers dispensateurs de crédit, la propriété n'est plus ce droit de tirer profit de toutes les utilités économiques du bien, sauf celles qui lui ont été expressément ôtées. Elle devient, bien au contraire, le droit de ne rien faire qui ne soit explicitement autorisé. Elle n'est plus la propriété que décrit l'article 544 du Code civil mais se rapproche au contraire du droit de garantie qu'obtient le bénéficiaire d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement » ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », 1^{re} partie, *Defrénois* 1991, p. 897 et s., spé. n° 11 et s. : « La propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire : celle que définit l'article 544 C. civ., et que l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen élève au rang des droits inaliénables et sacrés, dont on connaît la valeur constitutionnelle. Elle n'en a ni le contenu, ni tous les caractères », ou encore « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 5 et s. ; R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, *Defrénois*, 2005, n° 12, p. 316 : « il ne suffit pas de placer les biens dans un sous-ensemble de son patrimoine, en affirmant sa qualité de propriétaire, pour trouver chez lui les prérogatives prévues à l'article 544 du Code civil. Or, si l'on s'attache à ces pouvoirs, seuls à même d'identifier le verus dominus, on aboutit à la conclusion que le fiduciaire n'est pas propriétaire des biens » ; B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, *Economica*, 2010, n° 6, p. 304 : « le fiduciaire a théoriquement l'usus, le fructus et l'abusus attachés à la « propriété fiduciaire » mais, en réalité, il sera fréquent que ces prérogatives lui soient retirées ou qu'elles soient fortement limitées dans leur exercice. Les articles 2011 et suivants du Code civil ne semblent aucunement conférer au fiduciaire une propriété ordinaire, une propriété puissante et individuelle ; au contraire, l'esprit qui anime ces dispositions est inverse de celui que l'on reconnaît à l'article 544 du Code civil ».

³ V. P. Crocq, th. précitée, n° 108 p. 87 ; C. Witz, th. précitée, n° 276 et s., p. 269 et s. En un sens similaire, L. Kaczmarek, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009. 1845, n° 13 et s. Comp., à l'inverse, estimant que le fiduciaire est un plein propriétaire qui décide de lui-même de limiter l'étendue de ses prérogatives, M. Bouteille, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *RLDC* sept. 2010 : « on peut considérer que le fiduciaire a, ab initio, décidé de limiter l'exercice de sa propriété aux seules prérogatives nécessaires à l'accomplissement de sa mission, d'où la nécessité de préciser comment il entend limiter ses prérogatives. Dans ce cadre, la limitation par le contrat de fiducie des prérogatives du fiduciaire correspondrait à l'exercice libre de son droit d'usage du bien, qui, rappelons-le, connaît des manifestations positives comme des manifestations négatives. De la même manière, à partir du moment où l'on admet que des limitations soient apportées par le propriétaire lui-même à l'exercice de sa propriété, l'existence de la présomption de pouvoir à l'égard des tiers trouve sa justification ».

contrat et d'en retransférer la propriété dans l'hypothèse où le débiteur exécuterait correctement ses obligations. Cette conception doit être écartée¹, dans la mesure où elle procède à une inversion de la réalité : ce n'est pas tant le fiduciaire qui renonce à la plupart de ses pouvoirs sur le bien que le constituant qui ne les lui a pas transmis. Il faut donc se tourner vers l'autre branche de l'alternative : la propriété fiduciaire n'est pas la propriété absolue de l'article 544 du Code civil.

70. La propriété fiduciaire n'est pas la propriété de l'article 544 du Code civil. La propriété au sens de l'article 544 est le fait de disposer de tous les pouvoirs sur une chose². On reconnaît habituellement au droit de propriété trois caractères : il est absolu, exclusif et perpétuel. L'absolutisme se résume souvent en disant que le propriétaire est titulaire de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* sur sa chose. En réalité, nommer les prérogatives du propriétaire sur sa chose, c'est déjà les réduire. On peut donc se contenter d'affirmer qu'*« un propriétaire peut tout faire, sauf ce qui lui est interdit ; le titulaire de n'importe quel autre droit réel ne peut faire que ce qui lui est spécialement accordé »*³. L'exclusivité possède deux faces : c'est à la fois le monopole de pouvoirs sur le bien et le droit d'exclure les tiers de tout rapport avec son bien⁴. Enfin, la perpétuité du droit de propriété signifie qu'il dure aussi longtemps que son objet⁵. Ces caractères se retrouvent-ils dans la situation du fiduciaire ?

71. Le fiduciaire du Code civil n'est pas un propriétaire. Si l'on s'intéresse à la fiducie du Code civil, l'on se rend compte que sa situation est l'inverse de celle décrite par l'article 544 à propos du véritable propriétaire. Au lieu de pouvoir tout faire sauf exception, il ne peut rien faire sauf exception : ses pouvoirs lui sont conférés par le constituant dans l'acte de fiducie⁶.

¹ V. C. Gijsbers, th. précitée, n° 94 pp. 90-91, qui critique le caractère artificiel de la théorie de la limitation du droit du fiduciaire par des obligations personnelles (qui manqueraient d'ailleurs de cause).

² C'est le droit de « *jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », nous dit le Code civil.

³ J. Carbonnier, *Les biens*, PUF, 19^e éd., 2000, n° 68.

⁴ Certains auteurs distinguent à ce propos l'exclusivité pour la « face interne » et l'exclusivisme pour la « face externe », v., par ex. M. Laroche, *Revendication et propriété – Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. Théry, Defrénois, 2007. Cette distinction ne sera pas reprise ici, le mot exclusivité désignant donc indifféremment le monopole de pouvoirs sur le bien et le pouvoir d'exclure les tiers.

⁵ J. Carbonnier, *Les biens*, loc. cit.

⁶ Art. 2018, 6° C. civ., qui indique que l'acte de fiducie doit prévoir, à peine de nullité, l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire. Rapp. B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », art. précité, n° 7, p. 305 : « *Il semble en effet que le fiduciaire ne soit titulaire des prérogatives d'un propriétaire sur sa chose que si le constituant ne décide pas de les limiter [...] et dans la mesure de ces limitations. La situation du fiduciaire relève donc d'un esprit contraire à celui qui anime la propriété ordinaire : le fiduciaire n'est pas le propriétaire entendu comme seul maître de sa chose, mais bien davantage comme un*

La fiducie est une affectation de biens à un but déterminé, et le fiduciaire n'est titulaire de pouvoirs sur ces biens que dans la mesure où ils permettent d'atteindre le but recherché¹. Le droit du fiduciaire n'est donc pas absolu, il est seulement finalisé. Son droit n'est pas davantage exclusif : alors que le constituant peut nommer un tiers chargé de surveiller le fiduciaire dans l'exécution de sa mission², il doit en outre lui rendre des comptes³, est responsable sur son patrimoine des fautes qu'il commet dans l'exécution de sa mission⁴ et le constituant, le bénéficiaire ou le tiers nommé en vertu de l'article 2017 du Code civil peuvent demander le remplacement du fiduciaire s'il accomplit mal sa mission ou s'il fait l'objet d'une procédure collective⁵. Enfin, il n'est pas non plus perpétuel, la durée du contrat de fiducie étant limitée à 99 ans⁶. La propriété fiduciaire reconnue aux articles 2011 et suivants du Code civil n'a donc rien de commun avec la propriété au sens classique, qui découle de l'article 544 du Code civil⁷. La fiducie sert alors de miroir déformant au droit de propriété : si sa définition classique fait du

gestionnaire ou un conservateur, soumis à un impératif de respect du « but déterminé » de l'opération et des pouvoirs que le constituant lui a... laissés ».

¹ D'où l'expression de « propriété finalisée », v. par ex., F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2007, n° 43, p. 51. Sur l'affectation, constitutive d'une restriction de pouvoirs du propriétaire sur son bien commune à toutes les sûretés réelles, v. *infra*, n° 277 et s.

² Art. 2017 C. civ.

³ Art. 2022 C. civ.

⁴ Art. 2026 C. civ.

⁵ Art. 2027 C. civ.

⁶ Art. 2018 C. civ. Même en l'absence de cette disposition, il faudrait reconnaître la durée limitée de la fiducie-sûreté qui, en tant que sûreté, ne peut survivre après l'extinction de la créance garantie. Mais il faut tout de même réserver le cas de la fiducie-sûreté rechargeable, v. *infra*, n. 2, p. 107.

⁷ Cette analyse est confirmée par le rapporteur d'une proposition de loi qui visait à mettre en avant le concept de « propriété fiduciaire » au sein de l'art. 2011 C. civ., v. Ph. Marini, Rapport au Sénat n° 442, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, disponible à l'adresse <http://www.senat.fr/rap/108-442/108-4421.pdf>, pp. 82-83 : « Il s'agit de préciser que le fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire des biens, c'est-à-dire qu'il acquiert non la propriété de l'article 544 du Code civil (*usus, fructus, abusus*), mais une propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge. Le fiduciaire dispose certes des attributs juridiques de la propriété, mais ne peut exercer ce droit que dans les limites et sous les conditions posées par le contrat de fiducie en faveur du ou des bénéficiaires. Pour résumer, le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens » (c'est l'auteur qui souligne). V. également les observations du Gouvernement adressées au Conseil Constitutionnel à l'occasion de sa décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009, qui estime que la fiducie réalise un « dédoulement de la propriété entre, d'une part, un propriétaire en titre (ou propriétaire légal), le fiduciaire, qui a pour mission de gérer des biens sans en détenir la richesse, et, d'autre part, un propriétaire économique, le bénéficiaire, qui est celui qui conserve la richesse ». Pour une étude de la distinction entre propriété juridique et propriété économique, v. G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 313, 1999, spé. p. 134 et s. pour des éléments de réflexion à propos de la clause de réserve de propriété. Comp., rejetant cette explication en matière de propriétés-sûretés, J.-F. Adelle, « La fiducie-sûreté, facteur de compétitivité du droit du financement français », in *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 4 ; L. Aynès et P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », art. précité, n° 6 : « Une telle innovation aurait constitué une véritable révolution du droit des biens ou plutôt une contre-révolution puisqu'elle impliquait un retour au droit des biens antérieur à la Révolution française. Faut-il rappeler que l'une des évolutions majeures de la Révolution française et du code civil, que n'a pas connue la loi anglaise, a été d'abandonner le système des propriétés simultanées qui caractérisait l'Ancien Régime et que, depuis 1804, le propriétaire est celui qui a la plénitude des pouvoirs sur un bien [...] dès lors, sauf à violer la Constitution, il ne peut pas y avoir, pour un même bien et au même moment, deux formes de propriété différentes en droit français et ce, a fortiori, lorsque l'on envisage que l'une des deux soit privée du droit de disposer pour respecter l'affectation fiduciaire du bien » ; C. Gijssbers, th. précitée, n° 92, pp. 87-88.

propriétaire un être libre¹, la propriété fiduciaire ravale son titulaire au rang de simple exécutant d'une mission déterminée par contrat².

72. Discussion quant à la nature des droits du cessionnaire Dailly. La même idée peut être développée à propos de la cession de créances professionnelles « Dailly ». Si la loi mentionne clairement l'existence d'un transfert de propriété des créances par bordereau³, l'examen du détail du fonctionnement de l'opération rend l'observateur bien moins sûr que l'établissement de crédit bénéficiaire puisse être qualifié de propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil. Il faut toutefois bien prendre la mesure des différents arguments avancés à l'encontre de l'absence de transfert de propriété réalisé par la cession Dailly. Tout d'abord, il est à noter que les rapports entre les parties au contrat de cession sont réglés selon les termes d'un mandat, exprès dans la plupart des cas, tacite lorsque les juges ressentent le besoin de suppléer à l'oubli des parties⁴. Cet élément accrédite l'idée selon laquelle le cessionnaire serait bien propriétaire de la créance cédée, étant donné qu'il est nécessaire de conférer au cédant le pouvoir de la recouvrer.

73. D'autres éléments sont neutres. La solution jurisprudentielle selon laquelle la responsabilité du cessionnaire qui a notifié la cession peut être engagée s'il compromet les chances de recouvrement en n'agissant pas contre le cédé⁵ pousse à s'interroger : est-il concevable que les agissements du titulaire d'une créance puissent causer un préjudice à un ancien titulaire ayant perdu tous ses droits s'y rattachant ? A la réflexion, l'argument n'est pas si impressionnant. Cette règle ne permet pas de se prononcer en faveur de l'absence de transfert de propriété au profit du cessionnaire Dailly, car la même solution est retenue en matière de

¹ En ce sens, R. Boffa, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 32, 2008, n° 39, pp. 34-35 ; R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1094, n° 22 : « le fiduciaire n'est pas libre à l'égard de la chose, alors que c'est précisément par la liberté que la propriété se définit » ; M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905. 443, n° 1, p. 444 : « Il faut et il suffit, pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété, que, pour son titulaire, sur la chose, la liberté soit le principe ».

² P. Puig, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et Patr.* juin 2008 : « les restrictions imposées à la propriété fiduciaire sont telles qu'elles réduisent quasiment à néant la liberté du propriétaire. Comment reconnaître une propriété sans la liberté qui lui est consubstantielle ? Le fiduciaire ne reçoit que des prérogatives encadrées et finalisées. Il ne peut agir que conformément à sa mission, dans l'intérêt du bénéficiaire ».

³ Art. L. 313-24 CMF.

⁴ Lorsqu'il est tacite, le mandat résulte uniquement de l'interprétation *a contrario* de l'art. L. 313-28 CMF, v. T. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ, Précis Domat droit privé, 13^e éd., 2019, n° 798, p. 619. Sa reconnaissance jurisprudentielle procède de quelques arrêts inédits, v. par ex., Com., 4 janvier 2005, n° 03-11980.

⁵ Com. 8 janvier 1991, *Bull. civ.* IV, n° 8 (n° 89-13711).

saisie-attribution, le saisissant – dans le patrimoine duquel la créance saisie est transférée¹ – perdant également ses droits envers le débiteur saisi s'il tarde trop à agir à l'encontre du tiers saisi, réduisant ainsi ses chances de paiement par sa seule négligence². C'est que, quelle que soit la teneur exacte des droits du créancier, qu'il s'agisse d'un transfert de propriété ou d'une affectation exclusive, il ne faut jamais oublier le contexte dans lequel se réalise l'acquisition de droits spéciaux sur la créance saisie ou donnée en fiducie. Ces droits spéciaux sur un élément d'actif du débiteur ne sont conférés que dans le but de conforter le paiement d'une créance, que le débiteur soit d'ores et déjà défaillant ou qu'il existe des raisons de penser qu'il le sera à l'avenir. Pour le dire autrement, le droit du créancier naît afin de renforcer ses chances de recouvrement, et donc de libérer le débiteur. Que le créancier néglige ses droits spéciaux plutôt que de les exercer avec succès ne devrait donc avoir aucun impact sur la situation de son débiteur, auquel un élément d'actif a été retiré afin de désintéresser spécialement son créancier³. Il en irait bien évidemment autrement si le créancier diligent se heurtait à un tiers saisi défaillant, la dette du débiteur principal demeurant en raison de l'absence de faute du créancier. C'est donc la simple constitution de droits spéciaux sur une créance du débiteur qui justifie la sanction du créancier négligent, sans que l'on puisse se prononcer sur la nature de ces droits.

74. Le cessionnaire Dailly n'est pas un véritable propriétaire. D'autres éléments s'opposent totalement à l'idée d'un véritable transfert de propriété. Le but de la cession Dailly étant de fournir une sûreté au créancier, il ne peut se servir des créances transmises que dans cette optique⁴. Il ne peut en aucun cas modifier les données du rapport de base entre le cédant et son débiteur, ce qui explique le refus largement admis de transmettre l'action en résolution

¹ V. *infra*, n° 184 et s.

² V. l'art. R. 211-8, al. 2 CPCE : « Toutefois, si ce défaut de paiement est imputable à la négligence du créancier, celui-ci perd ses droits [contre le débiteur] à concurrence des sommes dues par le tiers saisi ». La Cour de cassation sanctionne ainsi tout créancier manquant de diligence dans le recouvrement de sa créance. Pour une espèce dans laquelle le créancier n'a pas pris l'initiative d'exercer une action contre le tiers saisi, ne l'a pas mis en demeure de payer et n'a pas interrogé le débiteur saisi sur ses rapports avec son débiteur, v. Civ. 2^e, 7 avril 2011, n° 10-16723.

³ Rappr. R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 413, p. 425 : « D'une manière qui peut sembler paradoxale, le débiteur saisi se trouve mis dans la situation d'une caution. La solution n'est pourtant pas sans justification : la saisie a fait sortir la créance du patrimoine du débiteur, qui se trouve ainsi appauvri sans que, pour autant, sa dette envers le saisissant soit éteinte. Il n'est pas anormal de sanctionner le créancier auquel on donne un second débiteur solvable et qui néglige de se faire payer. Ses intérêts ne sont pas seuls en cause, mais aussi ceux de son débiteur. L'extinction de la dette n'est d'ailleurs que relative : le créancier perd ses droits contre le débiteur saisi, mais les conserve contre le tiers saisi qu'il n'y a aucune raison de libérer ».

⁴ V. X. Delpech, n. sous Com., 22 novembre 2005, D. 2005. 3081 : « Ce droit de propriété est, en quelque sorte, « finalisé », en ce sens qu'il est seulement conçu, à l'instar de n'importe quelle sûreté d'ailleurs, comme un instrument juridique au service du remboursement de la créance, dont il n'est que l'accessoire ».

attachée à la créance cédée¹ : voilà un bien étrange transfert de propriété qui se réalise sans transfert des accessoires ! Il ne peut pas non plus consentir de délais de paiement au débiteur cédé sans engager sa responsabilité s'ils compromettent les chances de recouvrement du cédant après rétrocession².

75. On doit finalement mentionner le principe qui veut qu'une fois la créance garantie acquittée, la créance cédée soit rétrocédée automatiquement au cédant, sans formalités. Cette solution, qui ressort notamment d'un arrêt rendu le 19 septembre 2007 par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, est particulièrement importante³. En poussant les juges du fond à distinguer très nettement le sort de la créance cédée suivant que la cession a eu lieu à titre d'escompte ou à titre de garantie, la Haute cour met en lumière la différence de nature entre les deux mécanismes⁴. Dans la cession-escompte, les parties procèdent à un véritable de transfert de propriété de la créance cédée, son retransfert nécessitant alors le respect des formalités de cession. Deux transferts se succèdent donc. A l'inverse, la cession à titre de garantie est une pure sûreté réelle : le « transfert » de la créance ne sert en réalité qu'à justifier l'exclusivité du droit du créancier fiduciaire. Il y a seulement affectation de la créance à la garantie du paiement d'une créance, ce qui implique que les prérogatives transférées au créancier garanti s'éteignent avec l'extinction de la sûreté, qu'elle se produise par le paiement du débiteur à l'échéance ou par la renonciation du créancier. Tout comme les droits du titulaire d'une sûreté traditionnelle s'effacent avec le paiement de la créance garantie, ce qui l'oblige à restituer au débiteur le bien grevé d'une sûreté avec dépossession, ou à donner mainlevée de l'inscription d'une sûreté sans

¹ En ce sens, P. Deniau et P. Rouast-Bertier, « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *RDBF* juill. 2008, étude 13, n° 62 : « La cession des articles L. 313-23 intervient dans le cadre d'une opération de crédit et la finalité du transfert de propriété de la créance cédée est le paiement prioritaire du créancier et non sa substitution dans ce qui relève de la gestion du contrat. Incorporer par accessoire le droit à résiliation [attaché à la créance cédée] dans le périmètre des créances cédées ne serait pas conforme à l'esprit de la loi ».

² Com., 8 janvier 1991, précité.

³ Civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 275 (n° 04-18372) : « en se déterminant ainsi, sans rechercher si la cession avait été effectuée à titre d'escompte ou à titre de garantie, alors que c'est seulement dans ce dernier cas que le cédant d'origine peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il y renonce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

⁴ V. not. M.-A. Rakotovahiny, n. sous Civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, *LPA* 15 janv. 2008, p. 20 et s., spé. n° 7 et s.

dépossession¹, le créancier fiduciaire perd immédiatement ses droits sur la créance grevée une fois la dette éteinte, la garantie ayant rempli son rôle².

76. Bilan : les fiducies ne reposent pas sur un transfert de propriété. Le faisceau d'indices pousse donc vers une conclusion bien différente de celle retenue à la lecture des textes du Code monétaire et financier : la cession Dailly est certes une sûreté fiduciaire, conférant un droit exclusif à son bénéficiaire sur les créances cédées, mais cette exclusivité ne repose pas sur un véritable transfert de propriété. Il n'y a là qu'un droit exclusif conféré par le législateur par faveur aux établissements de crédit bénéficiaires. L'architecture de la cession Dailly est copiée sur celle des sûretés réelles les plus classiques, par l'affectation d'un bien du débiteur à la garantie du paiement de son créancier. L'examen de ces deux fiducies-sûretés³ permet donc de se faire une idée assez claire des pouvoirs accordés au fiduciaire en général. Loin d'être libre d'user, de jouir et de disposer, il n'a de pouvoirs sur les biens donnés en fiducie qu'autant qu'ils lui servent à accomplir sa mission. Il est sous la surveillance du constituant et sa responsabilité peut être engagée chaque fois qu'il accomplit un acte qui s'écarte du but de garantie recherché ou nuit à la préservation des droits du véritable propriétaire. Il n'est donc pas un propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil⁴. La question rebondit alors : si le fiduciaire n'est pas

¹ Rappr. l'art. 2339 C. civ. en matière de gage : « *Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais* ».

² L. Prud'homme et J. Orengo, « Précisions sur le dénouement de la cession de créance professionnelle », *RLDC* janv. 2008 : « *La cession étant réalisée dans l'unique but de garantir le paiement de la dette principale par le cédant, l'issue de l'opération dépend de la seule attitude de ce dernier : le paiement de la dette garantie au créancier-cessionnaire prive la sûreté de tout objet, justifiant que le cédant recouvre ses droits sur la créance cédée alors que, s'il est défaillant, le créancier se fera payer grâce à la créance cédée* ».

³ Pour la même analyse à propos de la pension livrée et de la couverture de bourse, v. C. Gijsbers, th. précitée, n° 85 et 86, pp. 82-83, ou encore J. Normand, « Les opérations bancaires de pension », art. précité, n° 34 et s., p. 822 et s., qui nuance grandement la thèse reconnaissant l'existence d'un transfert de propriété lorsque l'opération est réalisée par le biais d'une mise sous dossier des effets donnés en pension.

⁴ V. H. de Vauplane, « La fiducie avant la fiducie – le cas du droit bancaire et financier », art. précité, spé. n° 6 : « *les propriétés fiduciaires sont asservies dans leur nature dans la mesure où le propriétaire fiduciaire doit exercer ses prérogatives uniquement en fonction de l'affectation qui est la cause de la fiducie [...] l'exercice du droit est non seulement affecté, mais le droit lui-même est altéré : il est limité par l'objet même de la fiducie et l'étendue de ses prérogatives* », ou encore N. Thomassin, « Le patrimoine fiduciaire », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, pp. 195-196 : « *la loi de 2007 multiplie les indices permettant de penser que le constituant (bénéficiaire par défaut) est juridiquement propriétaire (et pas seulement créancier de restitution), malgré « ce qui » a pu être transféré au fiduciaire. La propriété et la titularité des droits, plongées dans le contrat de fiducie, ne semblent pas rester elles-mêmes. Faute d'une théorie bien assurée, qu'un cloisonnement patrimonial ne suffit pas à remplacer, la propriété « absolue » - générale, exclusive et perpétuelle - de l'article 544 du Code civil semble perdre son latin* » ; Comp. toutefois R. Family, *L'acte de fiducie*, th. Paris II, 2000, T. 1, n° 254, p. 193, pour qui la propriété fiduciaire est « *une propriété ordinaire, affectée à une fonction* ».

propriétaire, il est titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui¹. Mais quelle est la teneur de ce droit ?

77. Isolement des biens donnés en fiducie au sein du patrimoine du constituant. Si le fiduciaire n'est pas un propriétaire, c'est que l'acte de fiducie n'a pas réalisé un transfert de propriété. Le fiduciaire n'est riche que de sa créance². C'est ce qui explique que les créanciers personnels du fiduciaire ne puissent saisir les biens faisant partie du patrimoine affecté³ et que l'ouverture d'une procédure collective à son encontre ne produise aucun effet sur le sort de la fiducie⁴. Le constituant reste propriétaire des biens mis en fiducie : « rien de ce qui est défendu au propriétaire ne résulte de ce qui lui est permis ; c'est au contraire ce qui lui est ou reste permis qui résulte de ce qui lui est défendu [...] il suit qu'il a un arrière-droit à ceux de ces services auxquels actuellement et par exception de par les lois positives ou de par ses conventions, il n'a pas droit »⁵. Le bien n'est pas transféré au bénéficiaire de la fiducie, il est isolé au sein du patrimoine du constituant du fait de l'affectation exclusive au service du paiement de la créance du bénéficiaire⁶.

¹ Comp., estimant que le constituant demeure propriétaire, mais que la fiducie n'opère qu'un transfert de pouvoirs, I. Tosi-Dupriet, « La fiducie-gestion, un cas de pouvoir sans propriété », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 819 et s., ou encore F.-X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 283, 1997, n° 615, p. 317 : « La fiducie n'est pas un contrat translatif de propriété mais translatif de droits ».

² En ce sens, C. Gijssbers, th. précitée, n° 76, p. 74 : « le créancier titulaire d'une propriété-sûreté [...] n'est jamais riche que de la créance et de la sûreté qui le renforce », et, déjà, M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », art. précité, n° 12, ou encore « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », in *Liber amicorum, Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2005, p. 172.

³ Art. 2025, al. 1 C. civ.

⁴ Art. 2024 C. civ.

⁵ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. précité, n° 2 et 3, pp. 444-445.

⁶ En ce sens, M. Grimaldi, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* déc. 2010, spé. n° 8 : « la fiducie-sûreté fractionne bel et bien le patrimoine du constituant : non pas au préjudice du créancier bénéficiaire, qui reste libre de saisir les biens que le constituant a conservés ; mais au préjudice des autres créanciers, dont le gage se trouve amputé des biens que le constituant a transférés au fiduciaire. Là est d'ailleurs l'originalité de cette sûreté : la rupture d'égalité, qui est l'effet de toute sûreté réelle, s'accomplit ici par une scission du patrimoine du débiteur, par l'effet de laquelle, sur les actifs donnés en garantie, le créancier bénéficiaire gagne, non pas un simple tour de faveur, mais cette exclusivité qui fait tout l'attrait des propriétés-sûretés », ainsi que Ph. Dupichot, « Rapport de synthèse », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, n° 25, p. 104. V. déjà A. Bénabent, « La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire) », *JCP N* 1993. 100804, n° 4, estimant que le transfert fiduciaire est « chargé d'ambiguïtés » et que l'autonomie de la masse de biens donnée en fiducie n'est « pas absolument totale, par la force des choses : cette masse est à mi-chemin entre le patrimoine du constituant et celui du fiduciaire, et souvent reste plus attachée à celui du constituant que transférée au fiduciaire ». Cela pourrait justifier le fait que lorsqu'un bail commercial est compris dans l'assiette d'une fiducie, le droit de préemption prévu aux art. L. 214-1 et s. du Code de l'urbanisme n'ait pas à être purgé, v. A. Hinfray, « La fiducie et le bail commercial en droit français », *AJDI* 2012. 85, qui retient cette solution tout en estimant que la fiducie produit un véritable transfert de propriété. V. également L. Aynès, « Le régime juridique de la fiducie », *RLDC* mai 2009 : « D'un point de vue juridique, nous pouvons dire qu'il n'y a pas matière à faire jouer les droits préférentiels d'acquisition des tiers dès lors que l'aliénation n'est pas définitive », ainsi que B. Mallet-Bricout, « Le fiduciaire propriétaire ? », art. précité, n° 13 : « en dépit de la qualification retenue par le législateur, il est admis que le transfert d'une « pleine propriété » n'a lieu qu'à l'issue de la fiducie, issue qui reste soignée dans

78. Certains auteurs avancent l'idée que, parce que le droit romain connaissait la *fiducia cum creditore*, sûreté réelle reposant sur un transfert de propriété de l'assiette de la sûreté au créancier bénéficiaire, le droit français posséderait en quelque sorte les gènes lui permettant d'accueillir la fiducie sans bouleverser ses conceptions fondamentales¹. Cependant, étant donné que les différentes fiducies-sûretés ne transfèrent pas la propriété du bien grevé au fiduciaire, la comparaison doit plutôt se faire avec le *trust* de *Common Law*². Certes, le droit français ne connaît pas un double corps de règles à l'exemple de la *common law* et de l'*equity* anglaises. Mais ce n'est pas un obstacle à la réflexion sur le *trust*, car il n'est pas de son essence d'être régi par deux corps de règles distincts³. Ainsi, l'article 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance ne fait pas mention de la dualité des règles de droit applicables alors qu'il indique, par exemple, qu'il est essentiel que « *les biens du trust constituent une masse distincte et ne [fassent] pas partie du patrimoine du trustee* »⁴. La fiducie du Code civil, par l'emploi de la technique du patrimoine d'affectation et faute de transfert de propriété des biens, met le fiduciaire dans la position d'un *trustee* au sens de la Convention. Le même article 2 précise d'ailleurs que la qualification de *trust* peut être retenue même si le constituant conserve certaines prérogatives et si le *trustee* est également bénéficiaire. Le parallèle avec le *trust* ne pouvant cependant être mené jusqu'à son terme, le droit français demeurant rétif à l'éclatement pérenne du droit de propriété entre deux titulaires⁵,

de nombreuses hypothèses de fiducie à divers aléas (révocation du contrat, paiement de la dette garantie, détermination du bénéficiaire, etc.). Il serait dès lors plus cohérent de considérer que le droit de préemption ne pourra s'exercer qu'au moment du second transfert des biens mis en fiducie, oserait-on dire... au moment du véritable transfert de propriété ».

¹ En ce sens, F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. Grimaldi, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 66, 2004, n° 57, p. 55 ; Comp., très critique, R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », art. précité, n° 1, p. 304 : « *S'il arrive qu'un système trouve son inspiration dans le cimetière des institutions défuntes, on ne remonte pas pour autant le fil d'une évolution. La fiducie jadis abandonnée a laissé la place à des techniques incompatibles avec elle ; vouloir se la réapproprier sans les délaisser oblige à un réaménagement d'ensemble, dont il ne faut pas sous-estimer l'importance* ».

² Rappr. L. Aynès, « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* mai 2009 : « *Assez curieusement, la fiducie française est plus proche du trust que de la fiducie romaine puisqu'elle conduit à constituer un patrimoine spécifique : c'est le patrimoine fiduciaire placé entre les mains du fiduciaire* » ; F. Danos, th. précitée, n° 43, p. 51 ; C. Larroumet, « La fiducie inspirée du *trust* », *D.* 1990. 119 ; « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie – Propos critiques », *D.* 2007. 1350. Rappr. Ph. Dupichot, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007. 121 : « *Sans doute le transfert ne porte-t-il en réalité que sur une propriété fiduciaire, fruit d'un éclatement inavoué de la propriété qui situe la fiducie à mi-chemin entre le *trust* et la fiducie romaine. Modelant les pouvoirs du fiduciaire et le plaçant en situation d'exclusivité, la propriété fiduciaire n'est toutefois pas une véritable source de richesse contrairement à la plena in re potestas de l'article 544 du Code civil* ».

³ F. Barrière, th. précitée, n° 238, p. 188.

⁴ Dans le même sens, C. Larroumet, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie – Propos critiques », art. précité, n° 5 : « *A la différence de la fiducie romaine, ce qui est la caractéristique essentielle du *trust* tient à ce que les biens in trust n'intègrent pas le patrimoine personnel du trustee* ».

⁵ H. Batiffol, « *The Trust problem as seen by a French lawyer* », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, spé. pp. 243-244 : « *it appears that the Cestui has at one and the same time some of the prerogatives of a creditor and some of the prerogatives of the owner of a real right. He is not purely and simply the trustee's creditor, because it is the intention of English*

la fiducie gagnerait à être analysée comme une technique innovante de répartition des pouvoirs sur un ou plusieurs biens¹.

79. Le droit réel *sui generis* du fiduciaire. L'on pourrait alors considérer l'opération de fiducie comme constitutive d'un droit réel au profit du fiduciaire. On peut schématiser en divisant les prérogatives sur les biens de la fiducie en trois ou quatre catégories, selon les situations. Le constituant, demeuré propriétaire, détient tous les pouvoirs sur le bien, sauf ceux qu'il a concédés au fiduciaire. Le fiduciaire n'a sur les biens que les droits que la convention passée avec le constituant lui permet d'exercer. Le bénéficiaire, s'il est distinct du fiduciaire, dispose de certains droits sur le bien, en raison de l'existence de son droit de propriété en germe. Enfin, il peut exister des droits qui n'appartiennent à personne : par exemple, l'*usus* des biens de la fiducie est stérilisé lorsque le constituant remet les biens au fiduciaire mais qu'il lui interdit de s'en servir². Il semble possible de qualifier le droit du fiduciaire de droit réel – accessoire lorsque la fiducie est conclue aux fins de garantie – *sui generis*, au contenu variable selon la

*law that the latter should enjoy the freedom of action of a beneficial owner, with, naturally, a duty to perform, a duty which is defined by the instrument creating the Trust, but the proper discharge of which is a matter of conscience upon which one has to rely. The trustee is not therefore a debtor of the Cestui bound to submit to the latter's claims and requests. But on the other hand, in order to consolidate the position of the Cestui, who might eventually find himself seriously compromised by the ultimate default of the trustee, he is granted some of the prerogatives of the owner of a real right, namely, a sort of preferential right and a right to follow trust property. And this, in the final analysis, coincides with the idea that if the Cestui is not purely and simply the creditor of the trustee, just as our own nu-proprétaire is not the creditor of the usufruitier, it is because he has, like the nu-proprétaire, some sort of real right in the trust property » ; M. Elland-Goldsmith, « Fiducie et trust – Eléments d'une comparaison », in *La fiducie, une révolution dans notre droit, Banque et Droit* nov.-déc. 1990, p. 241 et s. ; H. Motulsky, « De l'impossibilité juridique de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *RCDIP* 1948, p. 461 : « on n'arrivera pas à faire entrer les droits respectifs du Trustee et du cestui dans nos catégories. L'un est un propriétaire qui administre le bien d'autrui, et l'autre a une créance à caractère réel, qui porte le nom de propriété sans en avoir la nature ; voilà la conclusion, bien décevante pour nos habitudes d'esprit, à laquelle on est acculé ; et toute autre définition trahit, à notre avis, l'essence de l'institution en cause » ; B. Robin et R. Lantourne, « L'utilisation des fiducies en France », *Dr. et Patr.* mars 2019 : « Si la relation tripartite du trust paraît semblable à la fiducie, puisqu'il permet à un settlor de transférer des biens à un trustee, pour qu'il les administre ou en dispose d'une manière déterminée en faveur d'un beneficiary, la nature des droits des parties est fondamentalement différente. Ainsi, l'administration et la libre disposition des biens placés sous trust relève du trustee (legal ownership) mais le pouvoir de prétendre auxdits biens appartient exclusivement aux bénéficiaires (beneficial ownership). Cette logique de fragmentation du titre de propriété est incompatible avec les fondements de notre droit de tradition civiliste, pour qui possession et jouissance de biens sont étroitement liés dans le cadre de la théorie de l'unicité du patrimoine ». Adde F. Estienney, th. précitée, n° 42 et s., p. 18 et s.*

¹ Rapp. Ph. Malaurie, « Extraits des débats », in *La fiducie, une révolution dans notre droit, Banque et Droit* janv.-fév. 1991, p. 10 : « L'avant-projet [du début des années 1990] précise que c'est un transfert sans dire que c'est un transfert de propriété. Cela veut dire que c'est là une institution nouvelle. Ce n'est pas le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose, ce sont les fonctions attribuées à la fiducie. Voilà donc mon premier point, sur la nature de la fiducie. Elle est un contrat et elle est un transfert d'une nature nouvelle ».

² On assiste alors à ce que F. Barrière a appelé la « mise en sommeil » de certaines prérogatives (th. précitée, n° 389, p. 305) et M. Grimaldi une « situation de mainmorte » (« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », art. précité, 1^{re} partie, n° 15).

mission qui lui a été confiée¹. L'enchevêtrement des droits réels sur les biens de la fiducie ressemble alors vaguement au *trust*. Mais, plus encore, le fait que le constituant soit resté propriétaire des biens tandis que le créancier n'est titulaire que d'un droit réel de garantie rapproche très sensiblement les fiducies-sûretés et les sûretés réelles traditionnelles².

80. Les fiducies-sûretés, des sûretés réelles. On comprend alors aisément que le législateur puisse classer les fiducies-sûretés parmi les sûretés réelles. Le constituant est dans tous les cas le propriétaire des biens grevés et le créancier n'a qu'un droit réel de garantie³. Ce dernier bénéficie d'un droit qui s'ajoute à son droit de gage général et dont la réalisation permet le paiement de sa créance de somme d'argent. Ce droit résulte de l'affectation exclusive d'un bien du constituant au paiement de son titulaire, en faisant sortir l'assiette de la fiducie du périmètre du droit de gage général des autres créanciers du débiteur. De plus, de nombreux traits du régime de la fiducie-sûreté du Code civil rappellent fortement le régime des sûretés réelles : l'acte de fiducie doit respecter le principe de spécialité tant quant à la créance garantie qu'à l'égard du bien grevé⁴, le fiduciaire est tenu de restituer l'excédent qui apparaît si la valeur du bien grevé dépasse le montant de sa créance⁵ et, enfin, il est possible de constituer une fiducie-sûreté rechargeable⁶, notamment au profit de nouveaux créanciers. Comment prétendre alors que la fiducie opère sur le fondement d'un transfert de propriété ?

¹ V. B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », art. précité, n° 18, pp. 312-313 : « *n'est-il pas préférable de voir dans la fiducie le transfert au fiduciaire d'un droit réel sur le bien d'autrui, auquel serait attaché un certain nombre d'obligations et un droit de propriété futur du bénéficiaire désigné de la fiducie ? Dans ce schéma, pendant la durée de la fiducie, divers droits pourraient ainsi être exercés sur le bien et, en tout état de cause, le fiduciaire conserverait et gèrerait le patrimoine fiduciaire, sur lequel il exercerait alors simplement un droit réel sui generis. C'est une analyse envisageable, sous réserve d'admettre la possibilité de constituer un droit réel à contenu variable* » ; R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », art. précité, n° 16, p. 322 : « *l'hypothèse de la propriété du bénéficiaire prend corps pour peu que l'on examine la situation avec attention ; tout comme son corollaire obligé : le droit réel du fiduciaire, strictement proportionné à sa mission* ».

² En ce sens, R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », art. précité, n° 13, p. 317 : « *dans la fiducie, le constituant ne peut pas demeurer propriétaire des biens transmis, car on se retrouverait dans la position normale du droit français, qui recourt [...] aux constitutions de sûretés réelles* ».

³ Pour la distinction des sûretés réelles et des droits réels *stricto sensu*, v. C. Gijsbers, th. précitée, Titre I de la première partie, n° 20 et s., p. 19 et s.

⁴ Art. 2372-2 et 2488-2 C. civ. Sur la portée de ce principe, v. *infra*, n° 294 et s.

⁵ Art. 2372-4 et 2488-4 C. civ.

⁶ Art. 2372-5 et 2488-5 C. civ., sur le modèle de l'hypothèque rechargeable prévue à l'article 2422 du même Code. On voit mal comment le constituant pourrait affecter plusieurs fois le même bien à la garantie de dettes envers différents créanciers s'il ne demeurerait pas propriétaire du bien mis en fiducie. Dans le même sens, J.-J. Ansault, « La fiducie-sûreté ressuscitée ! », *Journ. Soc.* mai 2009, p. 26 : « *La propriété cédée à titre de garantie, recherchée pour l'exclusivité qu'elle confère à son titulaire, se trouve ravalée au statut d'une sûreté réelle classique lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une fiducie-sûreté rechargeable* », ou encore N. Thomassin, *De la propriété : contribution à une théorie générale*, th. Paris XI, 2009, n° 150, p. 281.

81. Pourvu que l'on dépasse le « *mythe* »¹ de la propriété, l'on se rend compte que la fiducie-sûreté ne se distingue des sûretés réelles traditionnelles que par le droit exclusif conféré arbitrairement par le législateur². On peut dénoncer le régime de la fiducie-sûreté comme une « *manipulation imputable à une pratique inventive, réactive, avide de passe-droit et à un législateur timoré, incapable de reconsidérer l'ensemble des sûretés* »³. Il serait d'ailleurs tout à fait possible en théorie de réduire le droit du fiduciaire à un simple droit de préférence sans toucher aux autres dispositions réglant le régime de la fiducie-sûreté. Il serait même souhaitable, de manière générale, de revaloriser le droit de préférence afin de ne pas réduire à néant la cohérence du couple droit des sûretés/droit des procédures collectives⁴. Mais ce n'est pas la direction que prend actuellement le droit français. Même si les droits des créanciers fiduciaires ont été affaiblis par l'ordonnance n° 2008-1345 portant réforme du droit des entreprises en difficulté⁵, leur situation demeure largement préférable à celle du bénéficiaire d'une sûreté réelle traditionnelle. Il serait donc parfaitement envisageable de limiter les droits du créancier fiduciaire dans la procédure collective frappant son débiteur, les motifs justifiant la soumission des titulaires de sûretés préférentielles pouvant s'appliquer à l'identique pour la fiducie-sûreté : si le législateur a fait du redressement des entreprises en difficulté l'objectif cardinal des dispositions composant le Livre VI du Code de commerce, tous les créanciers de sommes d'argent doivent subir les mêmes restrictions.

82. Le fiduciaire, qui ne bénéficie « que » de l'affectation exclusive d'un bien à la garantie du paiement de sa créance, n'est pas un véritable propriétaire. En tant que simple créancier, le traitement de faveur qui lui est reconnu est bien souvent injustifiable. La situation

¹ P. Crocq, th. précitée, n° 76 et s., p. 64 et s.

² Rappr. D. Legeais, « Rapport français – Les nouvelles fonctions de la propriété », art. précité, p. 432 : « *en droit français, la propriété-garantie n'est en réalité qu'un gage ou une hypothèque qui revêt l'apparence de la propriété dans le seul but d'en acquérir la toute-puissance lorsque s'ouvre une procédure collective* ». V., en faveur de la similitude entre fiducie et sûretés réelles traditionnelles dès l'époque romaine, J. Derruppé, « De la fiducie au crédit-bail », in *Religion, société et politique : mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 449 et s., spé. p. 453.

³ M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété », art. précité, n° 3, p. 174.

⁴ En ce sens, P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. ent.*, 1989/5, p. 3 et s., spé. p. 9 : « *on peut concevoir, pour restaurer « l'édifice lézardé » du droit des sûretés, de redonner quelque vigueur aux sûretés traditionnelles* ». Comp. avec les réflexions des juristes néerlandais, qui ont décidé de supprimer la fiducie afin de donner plus de place au gage sans dépossession : D. Tallon, « Réflexions comparatives sur la réserve de propriété et les différents modes de crédit mobilier », in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Johannes Bärman*, München, 1975, p. 921 et s., spé. p. 925 et s. ; T. H. D. Struycken, « Rapport néerlandais », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Portugaises, T. XLVII, LGDJ, 1998, p. 253 et s.

⁵ Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, le droit du fiduciaire d'obtenir le transfert des biens de la fiducie en cas de convention de mise à disposition est paralysé, v. l'art. L. 622-23-1 C. com.

n'est pas la même en matière de clause de réserve de propriété ou de crédit-bail. L'agencement de l'opération est totalement différent, ce qui devrait conduire à reconnaître la titularité d'un droit de propriété au sens de l'article 544 du Code civil aux réservataires et crédits-bailleurs, susceptible de justifier un traitement quelque peu distinct par le droit des procédures collectives¹.

B) Le véritable transfert de propriété, finalité de la vente avec réserve de propriété

83. La comparaison trompeuse entre fiducies-sûretés et réserve de propriété. Les auteurs traitent souvent ensemble des propriétés-sûretés en raison du rôle analogue que joue le droit de propriété dans les deux mécanismes. C'est d'ailleurs l'idée retrouvée dans la majorité des écrits doctrinaux : le titulaire d'un droit de propriété réservée ne serait qu'un propriétaire fiduciaire, c'est-à-dire le bénéficiaire d'une sûreté réelle². Il ne conserverait que le droit de revendiquer son bien en cas de défaillance de son débiteur, alors que l'acheteur, qui dispose quasiment de l'intégralité des pouvoirs sur le bien, serait le véritable propriétaire³. Mais certains vont plus loin encore : pour ceux-là, la réserve de propriété n'est pas autre chose qu'une fiducie.

¹ V. *infra*, not. n° 692 et s.

² V. par ex l'intervention de Mme Bourbouloux, in M. Menjuq, H. Bourbouloux, L. Spizzichino et S. Gorrias, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *RPC* mai-juin 2019, table ronde n° 2 : « *Le crédit-bail, c'est quoi d'autre qu'une fiducie ? C'est un actif externalisé dans un patrimoine* ». Comme on pouvait s'y attendre, ce raisonnement affiché par des professionnels du droit des procédures collectives n'est pas suivi par les professionnels du financement des entreprises en difficulté. M. Desteract insiste ainsi fortement sur le fait que le crédit-bailleur n'est pas un banquier, c'est un professionnel qui dispose de compétences particulières, propres à un certain domaine économique, ce qui l'habilite à exercer une activité de conseil, à proposer des services après-vente, etc., qui justifieraient ainsi un traitement différent du « simple » banquier prêteur garanti par une sûreté traditionnelle (v. M. Menjuq, V. de Carrière, B. Desteract et E. Etienne-Martin, « L'activité des entreprises en difficulté en période d'observation », *RPC* sept.-oct. 2019, entretien 3). Il est sans doute possible de trouver un juste milieu entre ces deux positions : véritable propriétaire, le crédit-bailleur ne doit pas être exproprié par la mise en œuvre du droit des procédures collectives, ce qui n'exclut pas, loin de là, que des limites puissent être apportées à ses prérogatives par les dispositions du Livre VI du Code de commerce, v. *infra*, n° 652 et s., n° 659 et s., n° 742 et s.

³ En ce sens, parmi une littérature très abondante, C. Gijssbers, th. précitée, n° 327, p. 327 : « *le droit subjectif de propriété-sûreté n'est pas la propriété de l'article 544 du Code civil [...]. Exception faite du crédit-bail qui peut difficilement se défaire du simulacre de « location » pour des raisons financières et fiscales, la règle pourrait ainsi devenir celle d'une liberté de principe d'exploiter le bien par le débiteur, qui ne trouverait de limite que dans les pouvoirs qui lui sont expressément retirés dans l'acte constitutif et bien sûr, à l'instar des sûretés réelles traditionnelles, dans une obligation de conservation de l'assiette* » ; J. Derruppé, « De la fiducie au crédit-bail », art. précité, p. 456 « *Comme dans la fiducie, l'attribution de la propriété au créancier est la pièce maîtresse du système. Mais, comme le créancier fiduciaire, la société de crédit-bail ne s'intéresse pas à la propriété pour sa matérialité, elle n'en recherche que la garantie procurée en cas d'insolvabilité du débiteur* » ; C. Larroumet, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie – Propos critiques », art. précité, n° 6 : « *Que la propriété soit réservée à titre de garantie ou bien qu'elle soit transférée aux mêmes fins, le mécanisme est proche sinon identique. Si la créance garantie n'est pas payée, le bénéficiaire de la garantie, propriétaire réservataire ou fiduciaire, conservera définitivement le bien ou le droit qui fait l'objet de la réserve de propriété ou de la fiducie* ; B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », art. précité, n° 9, p. 306, qui affirme qu'entre fiducie-sûreté et propriété réservée, « *l'esprit est certes proche* » lorsque le créancier cumule les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire.

Cette analyse ne s'arrête donc pas au constat de l'identité d'inspiration entre réserve de propriété et fiducie-sûreté : les mécanismes seraient, en réalité, identiques. Cette idée se retrouve par exemple chez M. Libchaber, qui affirme que la réserve de propriété consiste en « *la contraction d'un transfert de propriété du vendeur à l'acheteur, inhérent à la vente, et de la constitution immédiate d'une fiducie-sûreté par l'acheteur au profit du vendeur, destinée à garantir le paiement du prix* »¹. La seule différence entre la fiducie-sûreté et la réserve de propriété serait donc l'existence d'un véritable transfert de propriété dès le début de l'opération, du créancier au débiteur, afin de mettre les parties en situation de recourir ensuite à une fiducie-sûreté, avec transfert de propriété fiduciaire de l'acheteur-constituant au vendeur-fiduciaire. Avant même de critiquer l'ensemble de l'assimilation trompeuse entre fiducie-sûreté et réserve de propriété, on peut affirmer que le législateur a définitivement perdu tout égard pour le sens des mots² si c'est bien ainsi qu'il a conçu le mécanisme de la clause de réserve de propriété³.

84. Quelle que soit la conception exacte retenue par la jurisprudence, cette dernière a validé l'analogie entre fiducie-sûreté et réserve de propriété en qualifiant cette dernière de sûreté avant même que le législateur ne l'introduise dans le Code civil⁴. On peut tout de même

¹ R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », art. précité, n° 4, p. 308 ; « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », art. précité, n° 28. V. également B. Soinne, n. sous Com., 15 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 245 : « *on sait que par la transmission de la réserve, les parties entendent réaliser deux opérations distinctes ayant la chose vendue pour objet : d'une part il y a vente avec réserve de propriété, d'autre part il y a aliénation fiduciaire par laquelle la propriété de la chose vendue est affectée à la garantie de la créance concernée* ».

² Il faut se remémorer l'avertissement formulé par G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, n° 2, p. 78 : « *Le sens des mots appartient à la langue. [...] Est-il opportun – est-il sage – que la définition devienne une opération politique, juridique ? L'Etat, bravant les périls connus de toute définition, est-il fondé à troubler le sens coutumier et à infléchir le cours naturel du langage ?* ». Rapp. P. Decheix, « La fiducie ou le sens des mots », *D.* 1997. 35, ainsi que C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020, n° 270, p. 266 : « *Au soutien de l'analyse de la clause de réserve de propriété en une authentique sûreté réelle, certains auteurs considèrent que le contrat transférerait en réalité la propriété du bien à l'acquéreur dès sa conclusion, et que le bien serait concomitamment affecté au désintéressement exclusif du créancier au moyen d'un pacte commissaire. Mais une telle analyse dénature frontalement le mécanisme de la réserve de propriété, qui puise précisément son originalité dans le maintien de la propriété du bien au réservataire, quoique celle-ci soit amputée de certaines prérogatives normalement conférée par le droit de propriété ordinaire* ».

³ Cette conception pourrait cependant être retenue dans un cas bien précis, lorsque la réserve de propriété a été élargie à la garantie de plusieurs créances et que l'acheteur-débiteur a réglé le prix de vente du bien. Dans ce cas, on peut admettre qu'une fiducie-sûreté garantisse les autres créances alors que le transfert de propriété a déjà eu lieu au profit de l'acheteur. En ce sens, M.-J. Campana, « Variations sur la clause de réserve de propriété », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, n° 13, pp. 58-59 ; F. Pérochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, th. dactylo., Montpellier, 1987, n° 129 et s., p. 135 et s. ; R. Serick, *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand – Vue d'ensemble et principes généraux*, préf. C. Witz, LGDJ, 1990, rubrique « aperçu et questions spéciales » après la leçon 4.

⁴ Com., 9 mai 1995, n° 92-20811 : « *les acomptes ayant été perçus par le vendeur et non par le prêteur de deniers qui n'est subrogé que dans la sûreté que constitue la propriété réservée, et leur restitution ne pouvant incomber à ce dernier, c'est à bon droit que les juges du fond ont rejeté la demande du liquidateur* » ; Com., 23 janvier 2001, *Bull. civ. IV*, n° 23, p. 21 (n° 97-21660) ; *JCP G* 2001. 321, n° 13, obs. M. Cabrillac ; *RTD Civ.* 2001. 398, obs. P. Crocq : « *l'action en revendication d'un bien vendu avec clause*

remarquer l'hésitation de la Cour de cassation devant la solution à donner à ce problème ; l'arrêt rendu en 1995 est inédit, alors que l'arrêt de 2001 est publié. Il est fort probable que la Cour suprême ait voulu s'assurer que sa décision était bien reçue avant de continuer dans la même voie¹. La proximité entre fiducie-sûreté et réserve de propriété est donc solidement assise tant en doctrine qu'en jurisprudence. C'est cette fausse symétrie entre la propriété cédée et la propriété retenue à titre de garantie qu'il s'agit de démentir². Deux éléments peuvent d'ores et déjà être avancés, susceptibles de rendre l'observateur dubitatif quant à la qualification de sûreté de la réserve de propriété : le hiatus entre la qualification de sûreté et le régime de la réserve de propriété d'une part, la différence entre les situations de départ dans les fiducies-sûretés et dans la réserve de propriété d'autre part.

85. Des différences manifestes de régime. Malgré le parallèle affiché entre fiducies-sûretés et réserve de propriété, certains points du régime de ce dernier mécanisme peuvent faire douter de sa qualification de sûreté. Si l'on considère que le vendeur réservataire conserve la propriété de son bien à titre de sûreté, n'éprouve-t-on pas un certain malaise à ce que la reprise du bien soit considérée comme satisfaisante pour le vendeur³ ? A l'inverse, si l'on estime qu'il y a eu transfert de propriété et que le vendeur ne se réserve qu'un droit de propriété-sûreté, l'on contredit les termes exprès de la loi, qui dispose que la clause de réserve de propriété « *suspend l'effet translatif d'un contrat* »⁴. Les mots employés par le législateur sont bien plus clairs ici que dans la définition retenue pour la fiducie⁵ : on pourrait alors imaginer que, si le législateur

de réserve de propriété n'est pas une action en résolution de la vente et [...] le prêteur, subrogé dans la sûreté que constitue la propriété réservée, n'est tenu de restituer les sommes qu'il a reçues en exécution du contrat de prêt que dans la mesure où la valeur du bien restitué excède le montant des sommes qui lui restent dues » (c'est nous qui soulignons).

¹ En ce sens, M. Cabrillac, *JCP G* 2001, obs. précitées ; P. Crocq ; *RTD Civ.* 2001, obs. précitées.

² Dans le même sens mais plus prudent, F. Lemaître, *La monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 8, 2017, n° 267, p. 453 : « *Il n'est pas certain que sous l'angle du droit des biens, la propriété retenue à titre de garantie puisse être assimilée à la propriété cédée à titre de garantie et qu'il s'agisse, dans ces deux formes de propriété-garantie, d'une propriété de même nature. On peut très bien imaginer que la propriété cédée à titre de garantie entraîne un démembrement du droit de propriété tandis que la propriété réservée ou retenue à titre de garantie n'en entraîne pas* ».

³ V., *infra*, n° 95 et s.

⁴ Art. 2367 C. civ.

⁵ V., stigmatisant le flou du mot « transfert » utilisé par l'art. 2011 C. civ., R. Boffa, th. précitée, n° 397, p. 273 ; R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », art. précité, n° 19 : « *Une incertitude essentielle plane sur la loi du 19 février 2007, qui concerne le sort de la propriété. Dans sa conception générale, la fiducie suppose un transfert de propriété du constituant au fiduciaire, puis de celui-ci au bénéficiaire [...] Or, ce transfert n'est pas certain dans la présente loi. A scruter l'ensemble de ses articles, on est tiraillé entre deux interprétations possibles. La première penche du côté de la famille fiduciaire et conduit à penser que la loi n'a pas pu éviter de procéder par transfert de propriété [...] Mais les circonlocutions de la loi peuvent aussi nous alerter : dans l'ensemble de ses dispositions, civiles comme fiscales, il n'est jamais dit que le fiduciaire est devenu propriétaire ; tout au contraire, la loi semble bâtie entièrement sur l'idée d'une propriété maintenue entre les mains du*

n'était pas certain de la teneur à donner aux droits du créancier fiduciaire, sa religion était en revanche bien mieux fixée quant à la nature du droit du vendeur réservataire, véritable propriétaire.

86. De même, alors que la fiducie-sûreté est l'accessoire de la créance garantie, sous réserve de la conclusion d'une convention de rechargement, ce caractère accessoire est moins marqué en matière de réserve de propriété. La jurisprudence lui a certes reconnu cette caractéristique et la loi est allée par la suite dans le même sens, mais il n'en demeure pas moins que certains points du régime de ce mécanisme sont radicalement incompatibles avec le principe de l'accessoire. En particulier, comment justifier que l'extinction de la créance de prix par les dispositions spécifiques aux procédures collectives du Code de commerce et du Code de la consommation soit impuissante à faire disparaître la réserve de propriété¹ ?

87. Enfin, alors que la fiducie-sûreté du Code civil est paralysée en procédure collective si les biens de la fiducie sont demeurés entre les mains de l'acheteur², pourquoi la solution n'est-elle pas identique pour la réserve de propriété mobilière, alors que les marchandises vendues sont systématiquement remises à l'acheteur³ ? Toutes ces différences de régime ne seraient-elles pas révélatrices d'une différence de nature entre les sûretés réelles et la réserve de propriété⁴ ? Par ailleurs, au-delà des questions propres à leurs régimes, force est de constater que la situation factuelle des parties est très différente selon que l'on s'intéresse à la fiducie-sûreté ou aux propriétés réservées⁵.

constituant. Peut-être faut-il prendre ces dispositions au sérieux, en admettant que cette fiducie nouvelle évite de mobiliser la propriété, en conformité avec les traits essentiels du système où elle s'inscrit ».

¹ V. *infra*, n° 107 et s.

² Art. L. 622-23-1 C. com. pour la paralysie de la fiducie-sûreté ; Art. L. 624-16, al. 2 C. com. pour l'efficacité de la réserve de propriété.

³ V., s'étonnant de ce manque d'harmonie entre les solutions, F. Pérochon, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », *Cah. dr. ent.* 2009/4, dossier 22.

⁴ Rapp. J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.* 1984. 255, ou encore M. Bussani, « Rapport général – La propriété sûreté », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Vietnamiennes, T. LIII, Société de Législation Comparée, 2006, n° 6, p. 310 : « *Du fait qu'elle trouve son origine dans une clause d'un contrat de vente ou de crédit-bail, la plupart des pays considère la réserve de propriété comme une simple quasi-sûreté, où le « quasi » vise à souligner qu'elle n'est pas soumise aux règles générales applicables aux sûretés réelles* ».

⁵ Comp. J. Stoufflet, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, n° 47, p. 341 qui, après avoir soigneusement distingué « l'acquisition de propriété utilisée comme instrument d'un crédit » (ce qui comprend notamment le crédit-bail et la vente avec réserve de propriété) et « l'acquisition de propriété utilisée comme sûreté » (la fiducie-sûreté), estime que « *l'aliénation/sûreté apparaît [...] comme un mécanisme distinct de la vente et échappant aux règles applicables à ce contrat. Elle doit, en revanche, être traitée comme une véritable sûreté. [Aujourd'hui] les règles propres au gage ne s'appliquent pas à elle. Ainsi la prohibition du pacte commissoire. Les solutions communes aux sûretés réelles doivent, au contraire, être étendues à ce genre de garantie* ».

88. Des situations de départ profondément différentes. La situation de départ¹ est tout à fait différente pour le bénéficiaire d'une sûreté réelle et le vendeur réservataire. Le premier cité n'a de droit préférentiel ou exclusif sur l'assiette de sa sûreté qu'à compter du jour où il consent un crédit. Au plus tôt, il acquiert simultanément les qualités de créancier et de bénéficiaire d'une sûreté réelle. En revanche, le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur ne sont pas de simples créanciers de sommes d'argent. Ils sont propriétaires de leur bien avant de devenir créanciers. Quand bien même l'octroi d'un crédit renforcé par une sûreté réelle, d'une part, et la vente avec réserve de propriété ou le crédit-bail, d'autre part, sont deux opérations de crédit, leur esprit n'est pas du tout le même².

89. L'esprit des fiducies-sûretés et celui qui anime les propriétés réservées sont ainsi totalement inversés³. Dans la première opération, le débiteur concède un certain nombre de droits sur son bien à son créancier. Dans la deuxième opération, c'est le créancier qui permet à son débiteur d'user de la chose. L'acte de fiducie impose l'accomplissement d'obligations au créancier (notamment de conserver la chose) alors qu'après livraison de la marchandise, le vendeur réservataire est libéré de ses obligations⁴. Il faut respecter le sens des mots et, surtout, la volonté des parties⁵ : le vendeur est un véritable propriétaire, et l'opération à laquelle sont parties le vendeur et l'acheteur a pour but un véritable transfert de propriété. Il ne s'agit pas ici d'un transfert de propriété par détermination de la loi : à la fin de l'opération, quand l'acheteur aura payé intégralement le prix, il sera propriétaire des biens vendus. C'est tout le contraire qui

¹ C'est-à-dire avant que le crédit ne soit consenti.

² En ce sens, A. Arzac, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2015, n° 139, p. 180 : « Il convient d'ailleurs d'écarter de notre étude la propriété retenue à titre de garantie, car il ne s'agit pas d'une aliénation fiduciaire », D. R. Martin, « Réserve de propriété : le cas d'école », *D.* 2014. 1081, n. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, spé. n° 7 : « à rebours de la formule selon laquelle « le vendeur n'est propriétaire que parce qu'il est créancier », la vérité est que le vendeur n'accepte d'être créancier que parce qu'il est propriétaire. Plutôt que de courir le risque d'un créancier impuissant à obtenir le paiement, le vendeur préfère courir la chance de demeurer propriétaire ».

³ Rappr. M. Bandrac, n. sous Com., 15 mars 1988, *RTD Civ.* 1988. 791, spé. p. 794 : « La réserve de propriété n'est pas une aliénation fiduciaire, et représente, tout au contraire l'image inversée de celle-ci puisque l'intention dont elle procède s'analyse non comme le consentement donné à une aliénation, mais à l'inverse comme le refus de consentir celle-ci » (c'est nous qui soulignons) ; P. Crocq, th. précitée, n° 29 et s., p. 22 et s., qui distingue dans son chapitre préliminaire les « propriétés-garanties fiduciaires », dans lesquelles le débiteur transfère la propriété d'un bien à son créancier, et les « propriétés-garanties non-fiduciaires », dans lesquelles la propriété n'est pas transférée par le débiteur au créancier ; C. Witz, th. précitée, n° 154, p. 143 : « trop de différences séparent ces deux mécanismes pour qu'on puisse les grouper dans une même institution » et « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP E* 1993. 244, n° 4, article dans lequel l'auteur estime que la réserve de propriété n'est qu'une garantie et que les solutions tirées par la jurisprudence sur la question de l'accessoire ne peuvent être étendues à la fiducie-sûreté.

⁴ Sauf concernant la garantie d'éviction, v. *infra*, n° 134.

⁵ Pour la prise en compte de la volonté des parties dans la définition de la clause de réserve de propriété, v. F. Pérochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, préf. F. Derrida, avant-propos J.-M. Mousseron, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 21, 1988, n° 13, p. 13, qui la définit comme « la clause par laquelle le transfert de la propriété est suspendu, dans un but de garantie, à l'exécution de la prestation due en contrepartie ».

se produit dans la fiducie-sûreté¹, car le créancier ne souhaite pas que l'opération aboutisse à un transfert de propriété, il veut seulement être payé. Le débiteur ne veut pas davantage transférer la propriété des biens au fiduciaire, il veut la conserver².

90. La proximité des situations du fiduciaire, de l'acquéreur sous réserve de propriété et du crédit-preneur. Si l'on veut comparer la position des parties à ces deux opérations, il faut remarquer que les ressemblances sont frappantes entre les pouvoirs du fiduciaire et ceux de l'acquéreur sous réserve de propriété. De la même manière que les stipulations de l'acte de fiducie sont au cœur de la fiducie-sûreté³, les clauses du contrat de vente définissent les prérogatives de l'acheteur⁴, et le contenu du contrat de crédit-bail celles du crédit-preneur⁵. Dans les trois hypothèses, le véritable propriétaire, qu'il s'agisse du

¹ Les juristes néerlandais ont d'ailleurs tiré argument de la différence de nature entre fiducie et réserve de propriété afin de supprimer la première et conserver la deuxième, v. D. Tallon, « Réflexions comparatives sur la réserve de propriété et les différents modes de crédit mobilier », art. précité, citant les motifs d'un projet de loi, p. 926 : « le vendeur n'a pas seulement besoin d'une sûreté, il veut également rester propriétaire de la chose ».

² Cette idée ressort très nettement du traitement fiscal de la fiducie-sûreté, tel qu'il résulte des art. 238 quater A à 238 quater Q du CGI. En matière d'impôts directs, la fiducie-sûreté est traitée comme une opération intercalaire, ce qui signifie que le transfert des droits et biens dans le patrimoine fiduciaire ne constitue pas un fait générateur d'imposition, pas plus que l'extinction de la sûreté lorsque le constituant exécute correctement ses obligations. De même, au cours de la vie de la fiducie, l'application du principe de transparence fiscale permet de taxer les résultats de la fiducie au nom du constituant. Sur tous ces points, v. J. Mondino, « La fiducie : aspects comptables », *JCP E* 2007. 2057, spé. n° 23 et s., ainsi que Ph. Neau-Leduc, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 45 et s., ou encore J.-L. Pierre, « Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ? », *Dr. et Patr.* oct. 2009. La même observation peut être formulée à propos des opérations de pension, v. C. Ferry et J.-C. Bignon, « Les opérations de pensions », *JCP E* 1994. 389, n° 22 et s. Adde F. Estienne, th. précitée, n° 437 et s., p. 159 et s.

³ B. Mallet-Bricout, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E* 2010. 1191, n° 5 : « Des difficultés et interrogations proviennent [...] du fait que la fiducie est aussi et avant tout un contrat, un contrat spécial qui repose officiellement sur l'idée d'un transfert de propriété, mais qui reste très marqué par une forte charge obligationnelle. Au fond, dans la fiducie, le contrat n'apparaît pas comme le simple support du transfert de propriété, il est le cœur du mécanisme, la « propriété fiduciaire » n'étant qu'un instrument au service d'une finalité économique bien définie. La propriété devient ainsi l'instrument de rapports d'obligations dominants, au risque de perdre sa substance même ».

⁴ V., insistant sur la nécessité de bien définir les prérogatives de l'acheteur en cas de vente d'actions sous réserve de propriété, notamment en ce qui concerne le droit de vote, T. Jacomet et F. Farmine, « La vente d'actions avec réserve de propriété », *BJS* nov. 1991, p. 977 et s., in fine. V. également J. Théron, « Pour une relecture de la réserve de propriété », *RTD Civ.* 2019. 713, n° 30 : « Le créancier réservataire n'a entendu abandonner à l'acquéreur que les prérogatives dont ce dernier a besoin pour exercer son activité. Il a gardé toutes les autres. Si l'acquéreur a par exemple la faculté de vendre la chose, il n'a pas la possibilité d'utiliser la chose pour se procurer du crédit et donc pour constituer une sûreté réelle [...] En somme, si l'acquéreur peut disposer de la chose, il ne peut pas en disposer de la manière la plus absolue au sens de l'article 544 du code civil. Ce qui est logique. Le processus d'acquisition n'est pas pleinement terminé. La puissance du créancier réservataire plane sur la chose. Toutes les prérogatives qui n'ont pas été confiées à l'acquéreur restent en son pouvoir. Surtout, s'il n'est pas payé et que les biens peuvent être revendiqués, il recouvrera plena in re potestas. C'est en raison de cette potentialité que l'on doit considérer que le créancier réservataire est un vrai propriétaire ».

⁵ V., par ex., sur la question de l'étendue du droit de vote du crédit-preneur dans l'hypothèse d'un crédit-bail portant sur des parts de SCI, A. Reygrobelle, « Le crédit-bail portant sur les parts sociales d'une société civile immobilière », *Revue des sociétés* 2010. 419, n° 42 et s., où l'auteur estime qu'il est possible de priver de tout droit de vote le crédit-bailleur, mais il faut l'indiquer expressément dans le contrat. V. également D. Carbonnier, « Le crédit-bail : du bail au crédit », *Deffrénois* 15 oct. 1991, p. 1025 et s. : « par une clause devenue de style, le banquier [transfère à l'utilisateur] le droit d'exercer contre le vendeur, les actions qui appartiendraient à un acheteur, les actions tendant soit à l'exécution du contrat de vente, soit à la réparation du dommage pour inexécution ou mauvaise exécution ». On peut enfin consulter avec profit R.-N. Schütz, « Crédit-bail », *Rép. civ.*, oct. 2016, n° 135

constituant de la fiducie, du vendeur réservataire ou encore du crédit-bailleur, procède à un transfert de pouvoirs sans transfert de propriété : il est libre de conférer telle ou telle prérogative sur son bien à son cocontractant, une situation de mainmorte s'appliquant alors à tout pouvoir qui ne serait ni conservé par le propriétaire, ni transféré à son cocontractant. Si le vendeur veut interdire à son acheteur de revendre les biens tant qu'il n'a pas payé l'intégralité du prix, il le peut¹. Mais, dans le cas contraire, les juges tireront argument de la nature des biens ou de l'existence du contrat de vente afin de permettre à l'acheteur de procéder à une telle opération². C'est dire que l'acheteur sous réserve de propriété, le crédit-preneur et le fiduciaire sont seulement réputés détenir les pouvoirs les plus étendus dans leurs rapports avec les tiers : ce ne sont que des propriétaires apparents³. La liberté, apanage du propriétaire, appartient au constituant de la fiducie comme au vendeur réservataire ou au crédit-bailleur. C'est bien qu'ils sont propriétaires, tandis que leur cocontractant n'est titulaire « que » d'un droit réel à contenu variable⁴, dont le périmètre est fixé par les stipulations contractuelles. Où l'on voit bien que

et s., qui précise que le mandat d'ester en justice contre le vendeur du bien ou son fabricant, conféré par le crédit-bailleur au crédit-preneur en échange de la stipulation d'une clause de non-recours, doit clairement énumérer les actions transférées au débiteur, toute action non citée ne pouvant être exercée par ce dernier.

¹ A ce propos, J. Dubarry, *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, préf. B. Dauner-Lieb et R. Libchaber, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 555, 2016, n° 320, pp. 176-177 ; V. également le premier alinéa de l'article 2372 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : « *Sauf clause contraire, le bien peut être aliéné par le débiteur* ».

² Le résumé de Com., 1^{er} octobre 1985, *Bull. civ.* IV, n° 224, p. 187 (n° 84-14111) par le SDER est très parlant : la clause de réserve de propriété ne doit pas servir à « bloquer le jeu normal des circuits commerciaux par une prohibition de la revente des marchandises normalement destinées à être revendues » ; Com., 5 mars 1996, n° 94-11557, affirmant que la revendication ne rend pas les marchandises grevées indisponibles. Rapp. J. Théron, « Pour une relecture de la réserve de propriété », art. précité, n° 29 : « *l'acquéreur sous réserve de propriété n'a de pouvoir de disposer, transformer, consommer, etc. que dans la mesure où les choses objets de la transmission ont vocation à l'être. Cela résulte du fait qu'il n'y a que dans ces hypothèses que le créancier réservataire a accepté de laisser l'acquéreur avoir de telles prérogatives. Dans toutes les autres situations, le créancier réservataire n'a pas entendu abandonner ces prérogatives à l'acquéreur. Il a laissé l'acquéreur prendre possession de la chose pour qu'il l'utilise, pas qu'il en dispose. Tel est, par exemple, le cas des biens d'équipement* ». De même, en cas de vente de fonds de commerce avec clause de réserve de propriété, le contrat de vente habilite l'acheteur à exploiter ledit fonds, mais sans lui donner le droit d'en disposer, v. A. Cévaër et P.-E. Perrot, « La clause de réserve de propriété dans les cessions d'entreprises : pourquoi s'en priver ? », *Dr. et Patr.* mai 2011 : « *Mais pourquoi le contrat de vente ne suffirait-il pas à organiser cette période intermédiaire [entre la signature de l'acte de cession et le paiement du prix de vente] ? Ne peut-on postuler que l'acquéreur exploite en sa simple qualité d'acquéreur, laquelle lui confère la « détention » du fonds vendu avec réserve de propriété ?* ».

³ L'art. 2023 C. civ. se prononce en ce sens pour le fiduciaire ; v. également, à propos de l'avant-projet de loi de 1991, P. Gulphe, « Quelques réflexions sur l'institution d'un *trust* à la française », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 159 et s. ; N. Thomassin, th. précitée, n° 151, p. 283 : l'acheteur sous réserve de propriété « *peut se comporter comme un plein propriétaire, au moins vis-à-vis des tiers avec lesquels il contracte* ».

⁴ En droit allemand, l'acquéreur sous réserve de propriété est d'ailleurs titulaire d'un droit d'expectative (*Anwartschaftsrechts*), dont la jurisprudence estime qu'il est un droit de même nature que le droit de propriété, mais limité. A ce propos, voir P. Crocq, th. précitée, n° 483, pp. 433-434 ; J. Dubarry, th. précitée, n° 324 et s., p. 178 et s., ainsi que F.-X. Licari, « Les principales sûretés réelles du droit allemand : fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecq (dir.) *Lamy droit des sûretés*, oct. 2017, n° 523-25, expliquant que le droit d'expectative se trouve « *lorsque l'on est en présence d'un processus d'acquisition qui demande la réunion de plusieurs conditions et qu'un nombre suffisant d'entre elles sont réunies, si bien que l'on peut dire que la position juridique de l'acquéreur est assurée et que celle-ci ne peut plus être anéantie unilatéralement par l'aliénateur* ». L'analyse de la réserve de propriété a tout à gagner de la comparaison avec le droit allemand, v. M. Pédamon, « La réserve de propriété en droit allemand et en droit français », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et

fiducie-sûreté et garanties reposant sur la conservation du droit de propriété n'ont que peu de choses en commun : dans le premier cas, le débiteur est propriétaire et confère un droit réel accessoire à contenu variable au fiduciaire, simple créancier garanti disposant de pouvoirs limitativement énumérés sur le bien ; dans le second cas, le créancier est propriétaire et confère un droit réel principal à l'acheteur ou au crédit-preneur, débiteur ne pouvant user du bien que dans le cadre normal de son activité économique.

91. Bilan : les réservataires et crédits-bailleurs, de véritables propriétaires.

Enfin, si l'esprit de la propriété fiduciaire est l'inverse de l'esprit de la propriété de l'article 544 du Code civil et que l'esprit de la propriété réservée est l'inverse de l'esprit de la propriété fiduciaire, ne peut-on pas affirmer que la propriété du vendeur réservataire et du crédit-bailleur est la véritable propriété ? La réserve de propriété et le crédit-bail s'analyseraient alors comme des garanties exclusives mais non des sûretés réelles, leur nature empêchant de les insérer dans cette catégorie : elles ne constituent pas seulement une protection accessoire contre l'insolvabilité d'un débiteur de somme d'argent, elles se situent également au cœur de l'opération, les parties souhaitant toutes deux parvenir au transfert de la propriété du bien vendu, ou à la location du bien crédit-baillé. En tant que garanties, il resterait possible de leur appliquer certaines règles du droit des sûretés, lorsque l'étude de la *ratio juris* de la disposition en cause permet de l'étendre par analogie. Il est d'ailleurs impératif de les soumettre en partie au droit des procédures collectives, leur efficacité redoutable nuisant grandement au redressement des entreprises en difficulté¹. Mais la différence de nature entre propriété réservée et sûreté réelle va nécessairement de pair avec la difficulté de lui appliquer les principes fondamentaux du droit des sûretés, contre lesquels elle se rebelle inéluctablement².

14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 57 et s., spé p. 63 où l'auteur se dit favorable à la reconnaissance d'un droit réel au profit de l'acheteur. En droit français, v. G. Blanluet, « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Dr. et Patr.* mars 2001 : « réfléchissant au phénomène de désincorporation du droit de propriété, s'émerveillant de ce que la propriété résiste à toutes les mutilations, [les juristes] ont délaissé l'autre versant de la question. Ils n'ont pas encore prêté attention à l'autre, à celui qui n'est pas propriétaire, à celui qui recueille les pouvoirs de la propriété. Ils ont bien noté que d'un côté, le récipiendaire de la propriété se vide mais ils n'ont pas encore assez constaté que, de l'autre côté, le récipiendaire de la jouissance se remplit, et parfois même jusqu'à ras bord. Si ce n'est, tout de même, faut-il le souligner, pour se demander si, dans certains cas, comme dans la vente avec clause de réserve de propriété [...], le titulaire de la jouissance ne doit pas se voir reconnaître un droit réel sur la chose ».

¹ Rapp. R. Houin, « Exposé introductif », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 12 : « il y a une contradiction évidente avec les buts nouveaux des procédures collectives dans l'intérêt du maintien de l'entreprise et de la stabilité de l'emploi et le sort plus que privilégié fait au fournisseur revendiquant. On peut simplement se demander si l'avenir ne viendra pas remettre le fournisseur au rang d'un créancier, pour ne pas empêcher la survie et le redressement de l'entreprise ».

² Comp., critiquant la « dénaturation » de la réserve de propriété lorsqu'elle est traitée comme une sûreté, A. Martin-Serf, « L'interprétation extensive des sûretés réelles en matière commerciale », *RTD Com.* 1980, n° 10, p. 682

92. Conclusion de la section 1. La portée du rapprochement entre la préférence et l'exclusivité peut désormais être précisée. Bien loin de la situation qui prévalait auparavant, il n'est plus possible d'expulser l'exclusivité hors du droit des sûretés du simple fait de sa distinction éminemment théorique avec la préférence. Elle s'insinue parfois dans les sûretés préférentielles, sous les traits du droit de *re-use*, du transfert de propriété des choses fongibles gagées, ou encore de l'attribution judiciaire et du pacte comissoire. Cette porosité de la préférence et de l'exclusivité incite à s'intéresser de plus près au fonctionnement de cette dernière. Il s'avère que les droits exclusifs s'analysent fréquemment comme des droits de préférence de premier rang déguisés, à l'image du droit de rétention fictif. Quoi qu'il en soit, l'exclusivité ne constitue souvent que le moyen de pousser les créanciers à favoriser certaines garanties au détriment des sûretés préférentielles, largement dévalorisées par l'accumulation des privilèges ainsi que les règles du droit des procédures collectives. La restauration de la cohérence du droit des sûretés doit alors nécessairement passer par une soumission accrue des garanties exclusives aux contraintes du Livre VI du Code de commerce¹ ainsi qu'à la diminution du poids du passif privilégié², si l'on veut éviter que le redressement des entreprises en difficulté ne devienne impossible et que le classement légal des droits de préférence ne perde sa raison d'être.

Une étude plus poussée est néanmoins nécessaire quant à la question de la nature des propriétés-sûretés. L'examen de la place qu'occupe le transfert de propriété dans les hypothèses de propriété cédée et de propriété réservée aux fins de garantie démontre que les deux mécanismes ne possèdent pas la même nature. Le créancier fiduciaire est un simple créancier de somme d'argent, garanti par un droit exclusif, alors que le réservataire et le crédit-bailleur sont de véritables propriétaires désireux de vendre ou louer leur bien, et non seulement de percevoir une somme d'argent. Il faut donc bannir le concept trompeur de propriétés-sûretés : il existe, d'une part, les fiducies-sûretés, véritables sûretés réelles pourvues d'une efficacité supérieure par la grâce du législateur, et qui devraient obéir au même régime que les sûretés traditionnelles ; d'autre part se trouvent la réserve de propriété et le crédit-bail, techniques de garantie reposant sur la conservation du droit de propriété, ce qui amène à considérer leurs titulaires comme des créanciers-propriétaires, qui méritent ainsi un traitement au moins

¹ V. *infra*, n° 760 et s.

² V. *infra*, n° 947 et s.

partiellement différent de celui des bénéficiaires de sûretés préférentielles. Cette affirmation sera démontrée par l'examen précis du régime de la clause de réserve de propriété, qui se comprend bien mieux par une analyse contractuelle qu'en appliquant la grille de lecture du droit des sûretés.

Section 2 : Le maintien de la distinction des sûretés traditionnelles et des droits de propriété réservée

93. Plan. La validité de la réserve de propriété¹ n'a jamais posé de problème en droit français². On ne peut pas en dire autant de la question de sa nature juridique. A la suite de son opposabilité à la masse par l'entrée en vigueur de la loi Dubanchet du 12 mai 1980³, les auteurs se sont opposés sur ce sujet délicat. Est-elle une sûreté réelle ? Ne fait-elle que remplir la fonction d'une sûreté ? Les débats portaient essentiellement sur l'application de la règle de l'accessoire et sur la possibilité de la transmettre avec la créance de prix qu'elle garantit⁴. La doctrine ne parvenait pas à s'accorder, si bien qu'un auteur estimait que la réserve de propriété était victime du « *raisonnement de la chauve-souris* »⁵, auquel il fallait mettre fin : ou bien la

¹ On parlera ici surtout de la réserve de propriété en matière mobilière. Son importance pratique en matière immobilière est bien plus faible, v. L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *op. cit.*, n° 800, pp. 489-490 ; v. également Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003, n° 931, p. 699, qui affirme que c'est essentiellement la doctrine qui est séduite par cette idée, alors que la pratique y reste rétive ; E. Frémeaux, « Les modes actuels d'affectation d'un immeuble en garantie », *Dr. et Patr.* mars 2003 ; F. Pérochon, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », art. précité, qui avance que « *la pratique ne l'a jamais accueillie* ». Comp., favorables à son développement, L. Andreu, « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », *JCP N* 2016. 1105 ; F. Derrida, « A propos de la clause de réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit », *Deffrénois* 1989, art. 34590, p. 1089 et s.

² V. déjà J. Bernays, « La défaillance de l'acheteur et la préservation des droits du vendeur dans les ventes à crédit », *RCLJ* 1934, p. 618 et s.

³ L'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la procédure collective ne concernant que sa forme « simple », il ne sera pas fait mention des réserves de propriété « élargies » et « prolongées ». Pour le point de vue des droits étrangers sur la question, v. M.-J. Campana, « Variations sur la clause de réserve de propriété », art. précité, p. 53 et s. ; v. également R. Serick, *op. cit.*.

⁴ Il est d'ailleurs piquant de remarquer qu'aucun de ces débats n'est totalement réglé aujourd'hui. La réserve de propriété n'est pas un accessoire de la créance de prix dans tous les cas (v. *infra*, n° 107 et s.) et la transmission de la garantie a donné lieu à un avis de la Cour de cassation rendu le 28 novembre 2016 (n° 16-70009). La Cour suprême a estimé qu'est abusive et que doit donc être réputée non-écrite la clause prévoyant la subrogation du prêteur dans la clause de réserve de propriété du vendeur au motif qu'elle « *laisse faussement croire à l'emprunteur, devenu propriétaire du bien dès le paiement du prix au vendeur, que la sûreté réelle a été valablement transmise, ce qui entrave l'exercice de son droit de propriété et a pour effet de créer un déséquilibre significatif à son détriment* ». Cet avis a causé un certain émoi dans la doctrine au vu du nombre de commentaires qui lui ont été consacrés, v., entre autres, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, p. 68, obs. M. Bourassin ; *RTD Civ.* 2017. 197, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2017. 431, libres propos par A. Gouëzel ; *D.* 2017. 419, n. E. Le Corre-Broly. La solution semble être de recourir à la subrogation *ex parte debitoris* en s'appuyant sur le nouveau régime prévu par le Code civil, v. P. Crocq, obs. précitées, ainsi que M. Latina et E. Le Corre-Broly, « Le transfert de la réserve de propriété par la subrogation de l'article 1346-2 du Code civil », *D.* 2017. 877.

⁵ En référence à la fable « La chauve-souris et les deux belettes », v. La Fontaine, *Fables*, Gallimard, coll. Folio classique, 1991, p. 81 et s.

réserve de propriété est une sûreté et on lui applique le régime des sûretés, ou bien elle n'est pas une sûreté et il faut alors lui appliquer un régime différent. Mais il est impossible de rester au milieu du gué¹. C'est la jurisprudence qui a tranché cette question autrefois insoluble en reconnaissant le caractère accessoire de la réserve de propriété², d'abord en admettant sa transmission avec la créance de prix puis en la qualifiant expressément de sûreté³. Le législateur a pris le relais, confortant les solutions de la jurisprudence en les reprenant dans l'ordonnance du 23 mars 2006⁴.

Cependant, si la solution apparaît indiscutable, on ne peut s'empêcher de ressentir une sensation de malaise face à cette qualification. Peut-on réellement qualifier de sûreté réelle une institution qui fait reposer la garantie du créancier sur un bien qui appartient à son patrimoine ? Doit-on nécessairement qualifier de sûreté réelle une institution dont le régime en procédure collective est totalement différent de celui des sûretés réelles classiques ? Le fait qu'il s'agisse seulement d'une clause d'un contrat de vente ne joue-t-il aucun rôle dans la qualification ? La réserve de propriété n'est-elle pas prisee des praticiens précisément parce qu'elle n'est pas une sûreté⁵ ?

Il apparaît alors nécessaire de s'interroger à nouveau sur la réserve de propriété : si son régime ne correspond pas à la qualification qui lui a été octroyée, c'est que cette dernière est inadaptée. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté par l'Association Henri Capitant a tenté de régler les difficultés en assimilant totalement la réserve de propriété à une sûreté réelle. Malgré tout, cette solution reste critiquable à maints égards. Ses nombreuses différences avec la fiducie-sûreté expliquent que le régime des sûretés réelles ne s'y applique qu'imparfaitement (§1). En revanche, l'analyse contractuelle de la réserve de propriété nous paraît plus adaptée. Conçue comme la stipulation d'un contrat de vente à terme permettant au

¹ J. Ghestin, « Discussions après le rapport de M. Derrida », in W. Garcin et J. Thieffry (dir.), *La clause de réserve de propriété*, colloque du Centre de droit de l'entreprise de Montpellier, Librairies Techniques, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1981, p. 129. Pour cet auteur, si la qualification de sûreté justifie la transmission de la clause avec la créance garantie, elle doit aussi justifier sa paralysie en cas de suspension des poursuites en procédure collective.

² Com., 15 mars 1988 (deux espèces), *Bull. civ.* IV, n° 106, p. 74 (n° 85-18623 et n° 86-13687).

³ Com., 9 mai 1995, n° 92-20811 ; *RTD Civ.* 1996. 441, obs. P. Crocq.

⁴ Articles 2367 et s. C. civ.

⁵ Si la réserve de propriété devait être définitivement assimilée à une sûreté, son régime serait bien moins protecteur pour le vendeur. V. *infra*, n° 111 et s., à propos de la disparition de la clause en cas de défaut de déclaration en procédure collective. V. également *infra*, n° 143, pour la justification de la différence de traitement entre la réserve de propriété et le privilège du vendeur de meubles.

vendeur-proprétaire d'exercer les droits conférés à tout vendeur au comptant, elle trouverait mieux sa place dans le droit des garanties *lato sensu* (§2).

§1) *L'inapplicabilité des principes fondamentaux du droit des sûretés*

94. Plan. Dans sa thèse de doctorat, M. Goyet remarquait à propos du crédit-bail que lorsqu'une institution est qualifiée de façon arbitraire par la loi, substituant par là même « *l'évidence de l'autorité à l'autorité de l'évidence* »¹, l'interprète ne peut pas résoudre les contradictions de régime en raison du « péché originel » que constitue la qualification erronée d'un mécanisme. Le réel finit toujours par prendre sa revanche sur la fiction². Cette idée s'applique parfaitement à la réserve de propriété, sûreté par détermination de la loi³. Alors que la réalisation des sûretés réelles a pour but le paiement du créancier, la reprise du bien par le vendeur réservataire n'a pas cet effet (A). De même, si les sûretés réelles appartiennent à la catégorie des accessoires de la créance garantie, la réserve de propriété peut survivre à son extinction (B).

A) *La « réalisation » de la propriété réservée*

95. Position du problème. Le vendeur réservataire impayé à l'échéance peut revendiquer le bien vendu, que son débiteur soit *in bonis* ou qu'il fasse l'objet d'une procédure collective⁴. Le sort du contrat de vente après revendication a été fixé par la jurisprudence, suivie par la loi :

¹ C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, préf. D. Schmidt, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 180, 1983, n° 42, p. 25 : « l'expression [...] « par détermination de la loi » est riche de significations. [...] Elle désigne le caractère imparfait de la qualification retenue et la part de fiction qu'elle contient ».

² En ce sens, Philonenko, préface à la thèse de R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, 1952, cité par R. Family, th. précitée, p. 39 : « puisqu'on peut tout dire, tout écrire, tout penser en termes de mots...le factice peut masquer le réel, empiéter sur lui, l'altérer, le défigurer, ne fût-ce que provisoirement ; or le provisoire qui sera toujours en définitive surmonté par la force de la réalité, peut être long et obstiné. Que la doctrine soit donc tout d'abord, et quels que soient ses desseins ultérieurs, le fidèle reflet de la réalité ».

³ V., dans le même ordre d'idées, G. Cornu, « Les définitions dans la loi », art. précité, n. 39, p. 87 : « la liberté de celui qui définit est entière en effet lorsqu'il habilite la chose définie d'un terme de création (entièrement nouveau). L'est-elle encore lorsque, opérant par emploi, il remplace le contenu qu'il détermine sous un terme déjà connu et déjà porteur d'un autre sens ? » et n° 33, p. 91 : « on admet volontiers qu'un symbole purement conventionnel reçoive un contenu entièrement arbitraire. Un sentiment d'insatisfaction se noue lorsque l'enveloppe, en cas de emploi, est un mot ordinairement lié à un autre concept ».

⁴ Art. 2371 C. civ. ; art. L. 624-16 C. com.

il n'est pas résolu. Le vendeur réservataire est toutefois tenu d'imputer la valeur du bien repris sur le montant de sa créance de prix, ce qui ouvre une alternative si les deux sommes sont différentes : ou bien la valeur du bien est inférieure au montant restant dû, auquel cas le vendeur reste créancier chirographaire pour le surplus, ou bien la valeur du bien est supérieure et le vendeur est alors tenu de verser une soulte à son débiteur¹.

96. Pour autant, peut-on réellement considérer que le vendeur réservataire est satisfait ? Raisonner comme la Cour de cassation et le législateur suppose de traiter le vendeur non comme un propriétaire, mais comme le bénéficiaire d'une sûreté réelle des plus classiques. La reconnaissance d'un effet satisfactoire à la mise en œuvre de la clause de réserve de propriété suppose alors de considérer que la propriété du bien a été transférée à l'acheteur *ab initio*, ce qui lui permet de réaliser une dation en paiement en remettant le bien à son vendeur au lieu de lui payer le prix promis². Certains proposent même de voir le dénouement malheureux de la vente avec réserve de propriété comme la réalisation d'un pacte comissoire³. Ce n'est que l'aboutissement de la logique de l'analyse en termes de sûreté de la réserve de propriété : vendeur mais non propriétaire, le créancier peut s'estimer heureux de récupérer son bien. Assimilé à un simple créancier de somme d'argent, il serait satisfait par le seul paiement de sa créance. On peut alors dire qu'« *en un mot comme en mille [...], la sûreté a dévoré le contrat, la réserve de propriété a disloqué la vente* »⁴.

¹ Com., 5 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 72, p. 59 (n° 93-12818) ; Com., 23 janvier 2001, précité. Depuis 2006, cette règle se trouve à l'art. 2371 C. civ. Cette solution est également retenue en droit japonais, v. Y. Setoguchi, « La clause de réserve de propriété dans le droit japonais de la faillite », *BJE* mars 2020, p. 64 et s., n° 18.

² En ce sens, P. Crocq, « La réserve de propriété », *JCP G* 2006. doctr. 6, n° 10 : « *le texte [l'art. 2371 C. civ.] fait sienne l'analyse suivant laquelle la réalisation de la réserve de propriété se fait non pas par une résolution du contrat translatif, ce qui aurait été incompatible avec la qualification de sûreté, mais par une exécution de celui-ci sous la forme d'une dation en paiement, le créancier recevant alors non pas la propriété du bien, qu'il a déjà par définition, mais le droit de disposer de celui-ci, droit dont il s'était dépouillé en s'engageant à transférer la propriété du bien à son débiteur* », ainsi que « Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2367 à 2372, fasc. unique, mars 2020, n° 150. V., critique, J. Mestre, n. sous T. com Toulouse, 5 juin 1981, *RJ Com.* 1981. 382, *in fine*.

³ C. Gijsbers, th. précitée, n° 112, p. 109 : « *cela conduit alors à dire : premièrement, que la vente a bel et bien produit son effet translatif de propriété dès l'échange des consentements, le vendeur s'étant seulement réservé un droit de propriété-sûreté ; deuxièmement, que le créancier récupère son bien [...] au titre de sa sûreté, qui lui permet d'obtenir l'attribution de la propriété en paiement – exactement comme le ferait le bénéficiaire d'un pacte comissoire* » ; C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 108, pp. 147-148 : « *dans la propriété réservée, la propriété existant au jour de la conclusion du contrat ne peut être assimilée à celle, pleine et entière, qui sera obtenue uniquement au stade de la réalisation. La possibilité d'acquérir la propriété pleine et entière du bien, en cas de défaillance du débiteur, est donc une caractéristique commune à la fois à la réalisation des sûretés traditionnelles, par un pacte comissoire ou une attribution judiciaire, et à celle des propriétés-sûretés, par le « recouvrement de la liberté de disposer* » ».

⁴ Ph. Jestaz, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », art. précité, p. 232.

97. Cependant, ce raisonnement peine à convaincre. Il paraît adapté lorsque l'on prend la fiducie-sûreté comme point de départ : son dénouement en cas de défaillance du débiteur s'analyse effectivement comme un pacte comissoire si l'on accepte de percer le voile du soi-disant « droit de propriété » du créancier. Il est en réalité titulaire d'une sûreté réelle ainsi que des seuls pouvoirs qui lui ont été transmis dans l'acte de fiducie. Il ne faut donc pas se laisser abuser par la lettre des articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil qui mentionnent l'acquisition de « *la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie* ». Derrière ces mots se cache en réalité un bouleversement radical de la nature des droits du bénéficiaire de la fiducie : d'un créancier titulaire de certains pouvoirs limitativement énumérés, il devient un plein propriétaire titulaire de tous les pouvoirs sur le bien, y compris celui d'en disposer. Le mode de réalisation de la fiducie-sûreté peut donc s'analyser en un pacte comissoire légal, intégré *ab initio* à l'architecture de cette garantie¹, qui se distingue donc du pacte comissoire qui trouve sa source dans la volonté des parties en matière de sûretés traditionnelles². A l'inverse, ce raisonnement paraît inapproprié en matière de propriété réservée.

98. L'absence de satisfaction du vendeur par la revendication. Qu'est-ce que la satisfaction du créancier en droit commun ? Suivant Mouly, on peut la définir comme la « *réalisation des exigences légitimes du créancier entrées dans le champ contractuel* »³. Le paiement est évidemment le mode de satisfaction qui convient le mieux au créancier, car il obtient la prestation promise, en considération de laquelle il s'est engagé⁴. Viennent ensuite les modes d'exécution par équivalent, qui satisfont le créancier sans pour autant que le débiteur

¹ V. not. Ph. Dupichot, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC* juill. 2006 : « *fiducie et pacte comissoire entretiennent une intense affinité au point que le second est sans doute un résidu historique de la première. Dans les deux cas en effet, le créancier a le droit d'exclure les autres créanciers de la valeur du bien grevé, la principale différence consistant dans le moment du transfert de propriété. Ab initio dans la fiducie et in fine dans celui du pacte comissoire. Et dans les deux cas se retrouve une même crainte que le créancier ne s'approprie un bien d'une valeur excédant le solde de sa créance. C'est pourquoi la disparition de la prohibition du pacte comissoire pourrait s'accompagner d'une reconnaissance plus grande des fiducies innommées* ».

² Ce qui illustre le caractère artificiel de la distinction de la fiducie et des sûretés traditionnelles : le pacte comissoire produit tous ses effets, même en procédure collective, lorsqu'il est d'origine légale, non lorsqu'il est né du fait d'un accord de volontés entre les parties. C'est uniquement par la grâce de la volonté du législateur que se produit l'efficacité de la fiducie, et non en raison de sa supériorité technique...

³ C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 10, 1979, p. 26. La présentation des différents modes de satisfaction du créancier exposée par la suite provient de cet ouvrage.

⁴ La « cause » objective de son obligation diraient les anciens textes du Code civil ; la « contrepartie » disent les nouveaux (v., entre autres, les art. 1107, 1166 et 1169).

fournisse exactement la prestation attendue : la dation¹ et la compensation². L'énumération s'achève sur les modes de satisfaction du créancier par modification de l'engagement : la novation, la transaction et la remise de dette. En ce qui concerne la reprise du bien vendu avec réserve de propriété, c'est l'analyse de la reprise comme dation – ou un pacte comissoire – qui permet de justifier que le vendeur a été satisfait³ : si, à l'origine, il souhaitait obtenir une somme d'argent, il a finalement accepté de reprendre le bien vendu, ce qui éteint sa créance à hauteur de sa valeur.

99. Un vice majeur affecte pourtant ce raisonnement : le contrat de vente n'a pas été exécuté !⁴ Alors que les parties souhaitaient que l'opération aboutisse au transfert de propriété du bien, le vendeur en récupère la possession et devra trouver un autre acquéreur⁵, alors que son débiteur n'a plus entre ses mains le bien dont il désirait acquérir la propriété. A trop penser en termes de droit des sûretés, on se coupe de la réalité et de la boussole indispensable que constitue la volonté des parties. Il est impossible d'affirmer que le vendeur réservataire est satisfait alors que le but du contrat n'a pas été atteint. C'est que la satisfaction du créancier comprend deux éléments : un élément matériel, comptable, l'extinction de sa créance, et un élément psychologique, la réalisation du but recherché. On ne peut parler de satisfaction du créancier sans exécution du contrat⁶. Certes, la revendication ne vaut pas résolution, ce qui fait

¹ Pour une étude en détail de ce que l'on pourrait qualifier de « paiement pathologique », v. D. Léoty, « La nature juridique de la dation en paiement – La dation en paiement, paiement pathologique ? », *RTD Civ.* 1975. 12.

² R. Mendegrès, *La nature juridique de la compensation*, th. Grenoble, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 104, 1969.

³ V., explicitant ce raisonnement, N. Thomassin, th. précitée, n° 143, p. 267 : « lorsque la revendication du vendeur est motivée par [la clause de réserve de propriété], celle-ci fonctionne comme une sûreté réelle, permettant l'exécution forcée de la créance de prix sur la chose grevée : la restitution de la chose grevée n'emporte donc pas – et c'est là toute la subtilité du phénomène – la résolution du contrat. Elle assure au contraire l'exécution forcée d'une de ses obligations principales ».

⁴ V., avançant le même argument pour expliquer que la réserve de propriété n'est pas une sûreté, P. Crocq, th. précitée, n° 294, p. 244 et s., ou encore H. Westendorf, *Le transfert des sûretés*, préf. P. Crocq et A. Prüm, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 54, 2015, n° 22, pp. 26-27.

⁵ L'assimilation totale des garanties reposant sur la conservation de son droit de propriété par le créancier aux sûretés réelles est encore moins soutenable lorsque l'on s'intéresse au crédit-bail. Le vendeur réservataire qui récupère matériellement son bien peut encore espérer le revendre, et ainsi accomplir *in fine* l'opération initialement projetée. Le crédit-bailleur ne bénéficie pas d'une situation si favorable : bien souvent, il confère à son cocontractant un mandat de choisir le bien qui sera ensuite acquis par le créancier, ce qui l'oblige, en cas de défaillance du crédit-preneur, à réclamer la restitution d'un bien parfaitement adapté aux besoins de son débiteur... mais qui peut présenter des caractères si spécifiques que sa revente sera, sinon impossible, au moins très complexe. C'est la raison pour laquelle les sociétés de crédit-bail insèrent si souvent, au sein des contrats de financement, les fameuses clauses pénales qui ont causé tant de contentieux, v. M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, n° 12, p. 242.

⁶ En ce sens, P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », art. précité, p. 6 (à propos du crédit-bailleur et du vendeur réservataire) : « à supposer même que le créancier en situation d'exclusivité l'emporte sur les autres, il faut bien voir que cela ne lui donnera pas toujours satisfaction » ; L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 364, p. 317 : « Le raisonnement ne manque pas d'artifice dans la mesure où le vendeur vend précisément pour dégager la valeur du bien, et non pour le récupérer » ; P. Crocq,

que le contrat n'a pas été anéanti du seul fait de l'exercice de cette action. Mais elle prépare l'action en résolution, suite logique du processus en cas d'insolvabilité du débiteur¹. La récupération par le vendeur du droit de disposer de son bien² est un pas en direction de sa satisfaction, mais elle ne confond pas avec celle-ci.

100. Faute d'exécution du contrat par la revendication du bien grevé, il manque un élément important à la qualification de sûreté de la réserve de propriété³. En revanche, la qualification de garantie semble parfaitement adaptée : elle permet au vendeur de ne pas subir de perte pécuniaire⁴. Cependant, il arrive que la mise en œuvre de la réserve de propriété aboutisse à l'exécution du contrat. Peut-on la qualifier de sûreté dans ces hypothèses ?

101. Reprise du bien et revendication d'une somme d'argent. L'action en revendication en cas de non-paiement à l'échéance suppose que les biens se trouvent encore en nature entre les mains de l'acheteur au jour de l'action ou au jour du jugement d'ouverture de sa procédure collective. Si l'acheteur a revendu les biens ou s'ils ont été détruits, le vendeur réservataire a le droit de « revendiquer » la créance de prix à l'encontre du sous-acquéreur ou l'indemnité d'assurance remplaçant le bien⁵. Dans ces deux cas, si le créancier parvient à appréhender les fonds issus de la créance, il est satisfait : le bien qu'il voulait vendre est sorti de son patrimoine et il a été payé. Peu lui importe que son cocontractant ne soit plus propriétaire du bien ou que le bien ait disparu, pourvu que ses intérêts aient été satisfaits⁶. Face à cette situation, alors qu'à l'époque à laquelle elle a rédigé sa thèse les actions tendant au paiement

th. précitée, n° 271, p. 225 : « Il faut donc, pour définir les sûretés, bien distinguer, au sein des causes d'extinction des obligations, les cas d'extinction donnant satisfaction au créancier des cas d'extinction par anéantissement de l'obligation ».

¹ V. Ph. Jestaz, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », art. précité, p. 229 : « en reprenant son bien, le vendeur considère l'affaire comme terminée et mal terminée : il anticipe, semble-t-il, sur la restitutio in integrum » ; C. Mouly, « Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, Cah. dr. ent., 1995/5, n° 3, p. 7 : « la réserve de propriété n'équilibre pas le contrat, mais l'anéantit, elle ne favorise pas l'exécution des engagements, mais leur résolution ; elle conduit à revenir à l'état antérieur à la vente. Tout au plus peut-elle être rapprochée d'une sorte de restitution que fonderait un enrichissement injuste de l'acheteur ». Il ne faut tout de même pas négliger le moyen de pression que constitue l'exception d'inexécution après la reprise du bien, qui peut pousser l'acheteur à enfin accomplir sa prestation, v. *infra*, n° 148 et s.

² Art. 2371, al. 1 C. civ.

³ La sûreté est en effet définie unanimement comme un mécanisme permettant la satisfaction du créancier, v. *supra*, n° 12 et s.

⁴ V. L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n. 351, p. 317, qui critique le raisonnement fondé entièrement sur le droit des sûretés : « On passe d'une garantie de non-spoliation protégeant le créancier contre la perte qui résulterait d'une exécution seulement unilatérale du contrat, à une véritable garantie d'exécution ».

⁵ Art. L. 624-18 C. com. ; art. 2372 C. civ.

⁶ Ce qui rappelle ce que disait N. Catala, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. XXV, 1961, II, p. 14 : « on découvre ainsi la possibilité d'une extinction de l'obligation par la satisfaction du créancier en dehors de toute exécution. [...] L'obligation s'éteint parce qu'elle a atteint son but ».

d'une somme d'argent n'étaient ouvertes au réservataire qu'en procédure collective, Mme Pérochon n'a pas hésité à qualifier la réserve de propriété de sûreté dans le seul cadre du droit des procédures collectives¹. Vu la généralisation des actions tendant au paiement d'une somme d'argent en droit commun, nul doute que l'auteur considère aujourd'hui la clause de réserve de propriété comme une sûreté réelle à part entière.

102. Toutefois, ce raisonnement ne convainc pas non plus. Lorsque l'action exercée en vertu de la réserve de propriété permet au vendeur, après la sortie du bien de son patrimoine, de percevoir une somme d'argent, il est effectivement satisfait. Mais il ne l'est pas lorsqu'il revendique le bien se trouvant en nature entre les mains de l'acheteur. La réserve de propriété serait donc une sûreté réelle atypique, satisfaisant le créancier dans certains cas mais pas dans d'autres. Le simple fait qu'il existe des hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre de la réserve de propriété ne permet pas au créancier de remplir le but poursuivi ne devrait-il pas disqualifier ce mécanisme en tant que sûreté réelle ? Connaît-on d'autres sûretés réelles dont la mise en œuvre peut n'être pas satisfaisante pour le créancier ? Il n'en existe pas en raison de la différence entre la situation du bénéficiaire d'une sûreté réelle – en ce compris la fiducie-sûreté – et la situation du vendeur réservataire : dans le premier cas, simple créancier de somme d'argent, le bénéficiaire sera payé grâce à l'exercice de son droit de préférence ou de son droit exclusif sur la contre-valeur du bien grevé, ou bien par l'attribution dudit bien en pleine propriété. Le créancier payé, le but du contrat est atteint, qu'il puisse appréhender la valeur ou tout le bien de son débiteur.

103. En revanche, le vendeur réservataire est plus qu'un simple créancier de somme d'argent, c'est aussi un propriétaire qui veut céder la propriété de son bien². Le parallèle tracé

¹ F. Pérochon, th. précitée, n° 168, p. 153 (droit commun) : « on ne voit pas [...] par la magie de quel mécanisme le vendeur pourrait recevoir en paiement une chose qui n'a cessé de lui appartenir ; la solution serait absurde [...] Cette constatation est essentielle au regard de la qualification de la réserve de propriété qui, en dépit de son caractère d'accessoire de la créance, ne constitue pas, en droit commun, une sûreté réelle » et n° 326, p. 296 (droit des procédures collectives) : « lorsqu'elle est invoquée à l'encontre d'un acheteur en redressement ou en liquidation judiciaire, la clause de réserve de propriété, conçue par les parties comme une sûreté et qui en produit l'effet caractéristique d'affecter le bien au paiement préférentiel du créancier, peut être sans artifice considérée comme une sûreté réelle ». Rapp. également P. Crocq, « La revente, après l'ouverture d'une procédure collective, de l'objet d'une réserve de propriété », in *Mélanges AEDBF-France III*, Banque éditeur, 2001, n° 29 et s., p. 119 et s., estimant que la réserve de propriété ne ressemble aux sûretés traditionnelles que lorsqu'elle investit le vendeur de revendiquer une somme d'argent.

² V., critiquant l'ordonnance du 23 mars 2006 pour avoir traité la réserve de propriété comme « une sûreté ordinaire dans laquelle les biens garantis sont la propriété du fournisseur de la sûreté », U. Drobnig, « La réforme française du droit des sûretés réelles »,

entre la reprise du bien et l'attribution judiciaire ou le pacte comissoire est fallacieux : donner en paiement au vendeur un bien qui n'est jamais sorti de son patrimoine n'y fait pas entrer une nouvelle valeur. La sûreté réelle porte nécessairement sur un bien qui ne fait pas partie du patrimoine du créancier, c'est là que réside l'avantage qui y est attaché. Il s'agit en effet d'un élément essentiel à la définition des sûretés réelles, concept reposant sur la technique de l'affectation en garantie d'un bien appartenant à quelqu'un autre que le créancier¹. Ce dernier ne tirerait aucun bénéfice de l'octroi d'un droit sur un bien qui lui appartient déjà². C'est l'un des enseignements essentiels de la comparaison des fiducies-sûretés et de la réserve de propriété : si l'existence d'un droit exclusif ne fait pas obstacle à la qualification de sûreté réelle, l'assiette de la sûreté réelle devrait nécessairement se trouver hors du patrimoine du créancier³.

104. Bilan : La revendication n'est pas un mode de réalisation d'une sûreté réelle.

Faute de satisfaire le créancier dans tous les cas, l'étude de la revendication d'un bien grevé d'une réserve de propriété révèle que ce mécanisme demeure rétif à la qualification de sûreté réelle⁴. Il vaudrait donc mieux parler de garantie exclusive. L'on pourrait trouver cet argument excessivement théorique, la reprise du bien valant effectivement désintéressement du créancier

D. 2007. 1488, ou encore H. Westendorf, th. précitée, n° 148, p. 103, expliquant que la fiducie-sûreté est une sûreté, au contraire de la réserve de propriété : « Dans le cadre du transfert de propriété à titre de garantie, on est en présence d'un élément du patrimoine du débiteur ou d'un tiers qui est transféré au créancier. Il ne s'agit donc pas d'une garantie portant sur un bien qui n'a jamais quitté le patrimoine du créancier. Il s'agit de l'adjonction d'un droit d'agir exclusif portant sur un bien du débiteur ou d'un tiers dont la propriété est transférée à titre de garantie au créancier ».

¹ Sur la notion d'affectation, v. *infra*, n° 277 et s.

² Dans le même sens, F. Danos, obs. sous Com., 17 décembre 2018, *RDC* janv. 2019, p. 131 et s. : « faute de mutation du patrimoine du débiteur (ou d'un tiers) vers celui du créancier, il ne peut y avoir de dation en paiement (rien n'est transféré) et l'on voit mal comment le vendeur réservataire serait payé ou désintéressé. Il ne perçoit aucune somme ou valeur, ne bénéficie d'aucune remise d'une chose appartenant au débiteur (ou à un tiers). La revendication ne peut donc être assimilée à un paiement ».

³ V. N. Thomassin, th. précitée, n° 147, p. 275 : « ce n'est évidemment pas ainsi que fonctionnent les sûretés réelles traditionnelles, qui peuvent aboutir à ce que la propriété de la chose soit attribuée au créancier, mais ne conduisent pas à payer le créancier avec la restitution (ou la conservation) matérielle d'un bien qui, en droit, lui appartenait déjà. Comment le débiteur acquitterait-il tout ou partie de sa dette en laissant matériellement à son créancier une chose dont ce dernier est déjà le propriétaire ? »

⁴ Le sort du contrat de crédit-bail en cas d'anéantissement de la vente initiale est tout aussi révélateur. Après quelques flottements, le principe est désormais bien fixé : trois arrêts rendus par une Chambre mixte de la Cour de cassation ont affirmé, le 23 novembre 1990, que « la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation » (n° 86-19396, n° 87-17044 et n° 88-16883). Il est alors loisible aux parties d'insérer dans leur contrat une clause « de rendement escompté », obligeant le crédit-preneur à verser au crédit-bailleur, après résiliation, une somme correspondant aux échéances de loyers restant dues jusqu'au terme prévu initialement (sur la validité de cette clause, v. Com., 26 octobre 1993, *Bull. civ.* IV, n° 359, p. 261 [n° 91-18196]), ou encore une clause pénale adossée au mandat conférant au locataire le pouvoir de choisir le bien loué, provoquant ainsi le paiement d'une somme forfaitaire si le locataire optait pour un bien non conforme ou sujet à des vices cachés (ce qui est d'autant plus attrayant pour le crédit-bailleur que cette obligation peut être stipulée « de résultat », v. R.-N. Schütz, « Crédit-bail », art. précité, n° 259 et s.). La logique de la propriété exclut ainsi totalement celle du droit des garanties : le crédit-bailleur récupère son bien tout en obtenant le profit escompté par la bonne exécution du contrat. Le caractère accessoire du crédit-bail est donc encore plus effacé que celui de la réserve de propriété, qui va faire l'objet des développements suivants, rapp. J. Stoufflet, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », art. précité, n° 31, p. 335. *Adde* H. Westendorf, th. précitée, n° 78, p. 65.

lorsque l'on adopte la seule logique comptable¹. Mais il ne s'agit pas du seul point de son régime qui se trouve en porte-à-faux avec les principes fondamentaux du droit des sûretés : même le caractère accessoire de la réserve de propriété n'est pas toujours certain.

B) La perturbation du caractère accessoire de la propriété réservée²

105. Le principe : la réserve de propriété, un accessoire. Peu après l'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 1980, la doctrine était divisée sur la possibilité de transmettre la réserve de propriété par subrogation à l'établissement de crédit qui a payé le vendeur. Les arguments des auteurs qui y étaient opposés peuvent se répartir en deux catégories : certains estimaient que la réserve de propriété ne saurait s'analyser comme une sûreté³, quand d'autres refusaient toute transmission par subrogation de cette garantie eu égard aux particularités de sa nature⁴. La jurisprudence a mis fin au débat en reconnaissant le caractère accessoire de la réserve de propriété⁵ et le législateur a consacré ce principe par l'ordonnance du 23 mars 2006⁶.

¹ En effet, l'art. 3, al. 3 de la loi Dubanchet indique que les marchandises vendues figurent à l'actif de l'acheteur, et la créance de prix à l'actif du vendeur. Mais il est intéressant d'examiner également les deux autres alinéas de cet article, qui disposent qu'aux termes des art. 38 et 256 du CGI, la « livraison » et la « délivrance » s'entendent de la remise matérielle du bien vendu avec clause de réserve de propriété. Le vendeur-proprétaire est donc tenu d'acquitter la taxe sur la valeur ajoutée ainsi que d'intégrer à ses bénéfices, pour l'exercice au cours duquel il a remis le bien à l'acquéreur, tous les versements effectués en exécution de la vente. Mais *quid* des droits de mutation, payables uniquement lorsque le transfert de la propriété est effectivement réalisé ? Au vu des décisions rendues par la Chambre Commerciale dans des domaines voisins, il n'est pas absurde de penser que ces droits ne devraient être versés qu'au jour du paiement de la dernière échéance de prix, v. Com., 16 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 238, p. 167 (n° 90-12427) : « *recherchant la volonté des parties telle qu'exprimée dans l'accord du 26 juillet 1982, le Tribunal a retenu que celles-ci avaient manifesté la volonté de n'opérer qu'en fin de bail le transfert au bailleur de la propriété de la construction litigieuse appartenant au preneur ; de ces constatations et appréciations, il a exactement déduit que les droits de mutation n'étaient exigibles qu'à cette date, selon la valeur vénale qu'aura alors la construction* » ; Com., 4 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 166, p. 115 (n° 90-20972). La logique fiscale s'opposerait alors à la logique comptable... En ce sens, J. Lafond, « La vente d'immeuble avec transfert de propriété différé », *JCP N* 1996, n° 15 et s.

² V., déjà, P. Crocq, th. précitée, n° 121 et s., p. 98 et s.

³ Le résumé des arguments des auteurs opposés à ce que la propriété puisse être utilisée comme une sûreté a été réalisé par M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », art. précité, spé. n° 11 et s., p. 111 et s., mais aussi J. Ghestin, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981. 1.

⁴ V., entre autres, A. Ghozi « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété (A propos de l'arrêt rendu par la Com. 1^{er} octobre 1985, n° 84-12.015) », *D.* 1986. 317, qui estime que la réserve de propriété est une modalité de la dette du vendeur ; J.-M. Mousseron, « La clause de réserve de propriété », *Cah. dr. entr.* 1980/1, p. 1, spé. n. 11, p. 3 et « Synthèse générale des travaux », *Cah. dr. entr.* 1980/6, p. 49, spé. p. 51.

⁵ Com., 15 mars 1988, n° 86-13687, précité : « *la subrogation conventionnelle a pour effet d'investir le subrogé, non seulement de la créance primitive, mais aussi de tous les avantages et accessoires de celle-ci ; il en est ainsi de la réserve de propriété, assortissant la créance du prix de vente et affectée à son service exclusif pour en garantir le paiement* ».

⁶ Art. 2367, al. 2 C. civ. : « *La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement* ».

106. En tant qu'accessoire, elle suit la créance de prix pour bénéficiaire au subrogé et disparaît avec elle en cas de paiement du prix par l'acquéreur, à la manière de toute sûreté réelle dont le destin est indissolublement lié à celui de la créance garantie¹, exception faite des hypothèques et fiducies rechargeables² ainsi que, peut-être, de l'eurohypothèque si elle venait à voir le jour³. Cependant, la jurisprudence a posé une limite au caractère accessoire de la réserve de propriété en affirmant à plusieurs reprises qu'elle ne disparaît pas en même temps que la créance garantie lorsque cette dernière est éteinte sans paiement par le jeu des règles du droit des procédures collectives. Cette suite d'arrêts est révélatrice de la difficulté de qualifier la réserve de propriété de sûreté⁴, ce qui plonge dans l'embarras les promoteurs de cette

¹ On peut en effet tirer un grand nombre de conséquences du caractère accessoire des sûretés réelles, v. M. Dagot, « Caractère accessoire de l'hypothèque », in *Mélanges offerts à Pierre Spiteri*, T. 1, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2008, p. 431 et s., relevant le fait que la sûreté ne peut exister sans créance à garantir – qu'elle soit antérieure, naisse concomitamment à la constitution de la sûreté ou ne vienne à la vie que plus tard, mais existant déjà en germe –, que la somme à hauteur de laquelle le bien est grevé est fixée au regard du montant de la créance garantie, que la durée de l'inscription est liée à la date d'échéance de la créance garantie, que la sûreté se transmet avec la créance et, enfin qu'elle s'éteint également avec elle. Par ailleurs, sur les difficultés liées à l'appréhension du caractère accessoire du droit de rétention, v. F. Pérochon, « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 379 et s.

² Plusieurs points du régime des sûretés rechargeables battent en brèche le principe de l'accessoire. Tout d'abord, il est unanimement remarqué que le sort de la sûreté rechargeable est, dans une large mesure, indépendant de celui de la créance garantie. Celle-ci peut s'éteindre par le paiement ou par renonciation du créancier sans que la sûreté ne disparaisse pour autant (v. l'art. 2488, 1° et 2° C. civ.). Le nombre d'hypothèses dans lesquelles elle s'éteint par voie accessoire est donc plus limité qu'en matière de sûretés « pleinement accessoires ». Par ailleurs, cette sûreté peut exister « en lévitation » (A. Gourio, « L'hypothèque rechargeable », *RDBF* sept. 2006, étude 14, n° 22), « dormante » (Ph. Théry, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et Patr.* mai 2007), en l'absence de créance à garantir. Conçue comme une réserve de crédit dans laquelle le constituant peut puiser afin d'offrir une sûreté à différents créanciers, elle peut subsister en n'en garantissant aucune, mais en demeurant prête à l'emploi à tout moment. Enfin, elle rend partiellement autonomes les questions de date de naissance de la créance et de prise de rang de la sûreté, le bénéficiaire d'une convention de rechargement prenant rang à la date de la stipulation du caractère rechargeable de l'hypothèque (art. 2422, al. 5 C. civ.). Tout ceci a incité M. Dupichot à proposer une analyse dualiste de la notion de sûreté rechargeable : celle-ci se comprendrait par une partition entre une affectation unitaire, générale et indépendante du bien ou de l'ensemble de biens à la garantie d'une ou plusieurs créances futures et indéterminables, et une multiplicité d'affectations spéciales, accessoires et rétroactives des biens grevés à la garantie de créances au moins déterminables (« Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dr. et Patr.* mai 2010). Comp. l'analyse de M. Dagot, « Caractère accessoire de l'hypothèque », art. précité, p. 444, estimant que « l'hypothèque rechargeable est accessoire lors de sa constitution ; elle ne l'est plus par la suite, au moins à l'extinction de la créance originaire. Elle devient abstraite ». Sur tous ces points, v. également J.-D. Pellier, « Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable », *LPA* 17 janv. 2008, n° 8 et s., ainsi qu'O. Salvat, « De quelques singularités de l'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2012. 1299. Pour une formule d'hypothèque rechargeable, v. E. Frémeaux, « L'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2006. 1196.

³ En effet, l'on discute depuis plus de cinquante ans de la mise en place d'une hypothèque autonome, sur le modèle de la cédula hypothécaire suisse ou de la *Grundschild* (dette foncière) allemande, qui pourrait être reconnue dans tout pays de l'Union Européenne, quel que soit l'Etat membre dans lequel elle aurait été constituée. Il semblerait toutefois que sa consécration ne soit pas pour demain... v., en dernier lieu, F. A. Boar, *Une eurohypothèque comme garantie immobilière indépendante : tendances internes et supranationales*, th. Paris 1, 2019.

⁴ On peut également citer un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 20 avril 2017, n° 15-20.619 ; *RTD Civ.* 2017. 708, obs. P. Crocq. La Cour affirme ici que « la mise en œuvre de l'action en revendication exercée par un créancier, ou son subrogé, sur le fondement de l'article L. 624-16 du code de commerce, n'est pas subordonnée à l'exigibilité de la créance dont la clause de réserve de propriété est l'accessoire, mais uniquement à son existence ». Dissocier ainsi la créance et la réserve de propriété, c'est affirmer une fois de plus que le régime des sûretés s'applique bien difficilement à cette garantie. Ainsi, dans ses observations sous la décision, M. Crocq déclare que « cet arrêt s'inscrit au sein d'une tendance jurisprudentielle plus vaste tendant à remettre en cause le caractère accessoire de la réserve de propriété en dissociant son sort de celui de la créance garantie ». V., en outre, Com., 21 février 2006, *Bull. civ.* IV, n° 43, p. 44 (n° 04-19672) : « le vendeur d'un bien dont la propriété lui est réservée peut revendiquer le prix impayé par le sous-acquéreur en redressement ou liquidation judiciaires, peu important que la créance détenue par l'acquéreur initial à l'encontre du sous-acquéreur soit éteinte pour n'avoir pas été déclarée au passif de ce dernier ». Analysant

qualification¹ et contredit la thèse de « *l'inféodation du père de tous les droits réels au service d'un simple droit personnel que le droit de propriété est appelé à suivre comme son ombre...* »².

107. L'exception : la survivance de la garantie à l'extinction de la créance en procédure collective. La saga jurisprudentielle de la survie de la réserve de propriété malgré l'extinction de la créance de prix sans paiement a débuté par deux arrêts rendus en 1991 et 1992, la Chambre commerciale posant le principe que « *la déclaration de la créance n'est pas une condition de la revendication* »³. En apparence anodins, affirmant la distinction de l'action en revendication et de l'action en paiement, ces deux arrêts réalisent en réalité une dissociation du sort du principal, la créance de prix, et de l'accessoire, la réserve de propriété. En effet, dans l'arrêt de 1991, la question posée concernait la validité d'un mandat conféré par le vendeur réservataire à un tiers aux fins de déclarer sa créance. La Cour a répondu que cette question était dépourvue d'influence sur la solution du litige, alors pourtant qu'à l'époque les créances non déclarées dans les délais et qui ne bénéficiaient pas de relevé de forclusion étaient éteintes⁴. Ce moyen avait donc toute sa place dans le débat : si le mandat n'était pas valide, la déclaration de créance n'avait pas été effectuée à temps, ce qui impliquait l'extinction de la créance de prix, l'extinction de la réserve de propriété par accessoire et, finalement, le transfert de propriété des biens grevés à l'acquéreur ! De même, dans l'arrêt de 1992, la Cour de cassation n'a pas censuré la cour d'appel pour défaut de réponse à conclusions, car les conclusions d'appel portaient sur l'impact du défaut de déclaration sur la possibilité de revendiquer les marchandises vendues avec réserve de propriété. Bien loin d'être banals, ces arrêts refusaient à la réserve de propriété la qualification d'accessoire de la créance. Un auteur ne s'y est pas trompé, critiquant les arrêts

ce dernier arrêt, M. D. R. Martin estime que « *la Cour de cassation entérine, implicitement mais nécessairement, la désunion, dans la réserve de propriété, du titre de propriété et de ses attributs. C'est parce que le titre passe directement, lors de la revente, du réservataire au sous-acquéreur, par l'intercession contractuelle de l'acquéreur mais sans la médiation de son patrimoine, que la revendication du premier contre le second est vue comme déconnectée du sort de la créance née envers ce dernier. Quant au bien revendu, le réservataire, titulaire initial de la propriété, n'est en rapport d'auteur à ayant cause qu'avec le sous-acquéreur : c'est donc entre eux, de l'un vers l'autre, que s'instaure la possibilité d'une revendication préservée, selon la jurisprudence, de l'extinction accidentelle, par non-déclaration, de la créance du prix de revente* » (« La propriété, de haut en bas », D. 2007. 1977, n° 25).

¹ M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés-propriétés », art. précité, n° 6, p. 178, estime que cette divergence de régime entre réserve de propriété et sûretés réelles ne porte pas à conséquence : « *ici, la réserve de propriété échappe à la logique des sûretés, à sa propre logique...* ».

² Ph. Dupichot, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », art. précité.

³ Com., 29 janvier 1991, n° 90-10525 et Com., 20 octobre 1992, n° 90-18867 ; D. 1993. 288, obs. F. Pérochon

⁴ Art. 53, al. 4 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

qui « opèrent une dissociation totale entre la qualité de propriétaire du vendeur, nécessaire et à cet égard suffisante au succès de la revendication et sa qualité de créancier du prix »¹. Cependant, les deux arrêts étaient inédits, ce qui pouvait laisser croire que la solution resterait particulière à ces deux espèces. Il n'en a rien été, la Cour de cassation persistant par trois nouveaux arrêts publiés².

108. Les arrêts rendus par la Chambre commerciale en 1996³ et 1997 tirent les conséquences logiques des deux premières décisions citées. Si la déclaration de créance n'est pas une condition de l'action en revendication, alors il en découle que le vendeur réservataire peut revendiquer ses biens nonobstant l'extinction de sa créance. La Cour peut alors tout naturellement affirmer que « l'extinction de la créance du vendeur par application de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 ne constitue pas le terme contractuellement fixé pour le transfert de propriété » et que « le revendiquant n'avait pas l'obligation de déclarer sa créance et qu'en intentant une action en revendication, la société n'avait fait qu'exercer l'un des attributs du droit de propriété ».

109. La série d'arrêts aurait pu s'arrêter là, car la sanction du défaut de déclaration de créance a été modifiée par la loi du 26 juillet 2005. Jadis éteinte, la créance non déclarée est désormais seulement inopposable à la procédure collective : le créancier manquant à son obligation ne peut participer à la répartition des dividendes⁴. La Cour suprême a pourtant poursuivi dans la voie qu'elle a tracé en cas d'effacement des dettes au cours de la procédure de rétablissement personnel de l'acheteur⁵. La Deuxième Chambre civile a ainsi soutenu que « l'extinction de la créance de la société, du fait de l'effacement des dettes de Mme X.,

¹ F. Pérochon, obs. précitées.

² Com., 9 janvier 1996, *Bull. civ. IV*, n° 8, p. 5 (n° 93-12667) ; *JCP G* 1997. I. doctr. 4013, obs. E. Charlery ; *RTD Civ.* 1996. 436, obs. P. Crocq ; *RTD Com.* 1997. 331, obs. A. Martin-Serf ; Com., 11 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n° 70, p. 63 (n° 94-20069) ; *Civ. 2°*, 27 février 2014, *Bull. civ. II*, n° 59 (n° 13-10891) ; *Dr. et Patr.* nov. 2014, obs. A. Aynès ; *JCP E* 2014. I. 1592, n° 19, obs. Ph. Delebecque ; *RDC* juill. 2014, p. 313 et s., obs. J. Klein ; *BJE* juill. 2014, p. 245 et s., obs. F. Macorig-Venier ; *D.* 2014. 1081, obs. D. R. Martin ; *BJE* juill. 2014, p. 217 et s., obs. F. Pérochon ; *RJDA* 2/2015, p. 67 et s., obs. Ph. Théry.

³ On notera une précision intéressante vis-à-vis de l'analyse contractuelle de la réserve de propriété : l'arrêt de la cour d'appel, dans la décision de 1996, a été cassé au visa de l'ancien article 1134 C. civ., qui posait le principe de la force obligatoire des contrats. En ce sens, D. D. Boccara, « Souveraineté de la propriété réservée », *LPA* 2 fév. 1998, p. 6 et s., n° 7 : « il est normal que dans le doute toutes les précautions imposent de s'en tenir aux prévisions contractuelles initiales et à la volonté des parties afin qu'il ne soit pas admis qu'une articulation spacieuse de l'article L. 53 permette de spolier des créanciers particuliers, au profit d'une masse, alors que la défaillance provient d'abord du débiteur du prix ».

⁴ Art. L. 622-26, al. C. com.

⁵ Art. L. 742-22 C. conso.

consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont elle avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur ». L'extension à l'effacement des dettes en cas de procédure de surendettement est cohérente car la *ratio juris* des décisions de la Cour de cassation est toujours la même : le transfert de propriété des biens vendus avec réserve de propriété ne peut être réalisé que par le paiement intégral du prix¹.

110. Une solution unanimement critiquée. C'est utiliser un euphémisme que de dire que la solution jurisprudentielle n'a pas été très bien reçue par la doctrine. Accusée de faire de la réserve de propriété un « *canard sans tête* »², d'aboutir à une solution « *absurde* »³, « *excessive* »⁴ ou encore « *contestable en théorie et inéquitable en pratique* »⁵, la série d'arrêts s'étendant de 1991 à 2014 fait face à deux critiques majeures : elle méconnaîtrait le caractère accessoire de la réserve de propriété et aboutirait à une situation inextricable. Nous tenterons de démontrer que ces deux critiques ne sont pas fondées.

111. Appréciation de la solution : l'accessoire⁶. La critique tirée de la méconnaissance du caractère accessoire de la réserve de propriété est la première qui vient à l'esprit. Alors que la Cour de cassation qualifie expressément ce mécanisme d'accessoire, en faisant écho au célèbre article de Cabrillac⁷, et de sûreté réelle, elle lui permet de survivre alors que la créance qui lui sert de support a disparu. Cette solution nous laisse face à une alternative : ou bien la Cour suprême a tort lorsqu'elle laisse survivre la réserve de propriété malgré l'extinction de la créance⁸, ou bien elle se trompe lorsqu'elle qualifie la réserve de propriété de sûreté réelle. Nous pensons qu'il faut aller au-delà du constat de la singularité de cette garantie parmi les sûretés

¹ Ce qui devrait également fonder l'application de la même solution en cas de clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. En ce sens ; A. Aynès, obs. précitées.

² F. Pérochon, *BJE* juill. 2014, obs. précitées.

³ P. Crocq, *RTD Civ.* 1996. 436, obs. précitées.

⁴ C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 37, 2009, n° 503, p. 307.

⁵ E. Charlery, *JCP G* 1997, n° 32, obs. précitées.

⁶ Il est intéressant de noter que certains auteurs ont estimé que cette jurisprudence pourrait être étendue au crédit-bail, v. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 23, p. 22.

⁷ M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », art. précité, n° 21 et s., p. 115 et s., qui estime qu'un accessoire de la créance est nécessairement à son « *service exclusif* ».

⁸ En ce sens, F. Pérochon, « Le revendiquant », *RPC* nov.-déc. 2017, dossier 15, n° 14 et s., estimant que la Cour de cassation fait du réservataire un « *super-revendiquant « dopé » au détriment du débiteur* », et que la référence à la volonté des parties n'est pas probante, l'art. 2393 C. civ. relatif à l'hypothèque faisant référence à l'acquiescement de la dette du débiteur alors que personne n'a jamais prétendu que cette sûreté devait survivre à l'extinction de la créance garantie.

réelles¹ pour adopter une analyse contractuelle de la clause, ce qui permet d'expliquer la suite de décisions jurisprudentielles analysée ici. Il faut alors en conclure que la règle de l'accessoire ne joue que tant qu'elle n'empêche pas la réserve de propriété de remplir le but envisagé par les parties². Lorsque l'efficacité de la garantie entre en conflit avec la règle de l'accessoire, c'est cette dernière qui doit s'incliner au nom du respect de la volonté des parties.

112. Rappelons que le but de la réserve de propriété est de suspendre le transfert de propriété au complet paiement du prix. Le paiement du prix doit donc constituer le seul événement susceptible de transférer la propriété des biens à l'acheteur. La simple extinction de la créance ne doit pas produire cet effet³. Faire jouer l'accessoire et faire disparaître la réserve de propriété avec la créance garantie, c'est neutraliser la garantie au moment où le vendeur réservataire en a le plus besoin. Mais il ne s'agit pas seulement d'assurer l'efficacité d'une garantie en procédure collective, ce qui serait incohérent tant les droits des titulaires de sûretés préférentielles sont malmenés par les contraintes imposées par le Livre VI du Code de commerce. La jurisprudence cherche essentiellement à maintenir le droit de propriété du vendeur sur son bien, et donc à éviter son expropriation pour cause d'utilité privée, ce qui permet au système de ne pas encourir de grief de non-conformité aux principes constitutionnels⁴. L'orthodoxie juridique a donc été sacrifiée sur l'autel de la survie de la réserve de propriété, ce qui est bien plus digne d'éloge que de blâme.

¹ V. F. Macorig-Venier, *BJE* juill. 2014, obs. précitées : « Elle [la réserve de propriété] n'est décidément pas une sûreté comme les autres [...] Est-elle-même une sûreté ? ».

² En ce sens, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 856, p. 637 : « La solution s'explique par la logique de ce mécanisme : la propriété n'a pas vocation à disparaître, comme les autres sûretés, mais à être transmise au débiteur ; or cette transmission ne saurait intervenir sans paiement ».

³ Rapp. Ph. Delebecque, *JCP E* 2014, obs. précitées : « Sans doute le caractère de sûreté de la réserve de propriété en est-il affecté et l'idée d'accessoire passe-t-elle ainsi au second plan. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la réserve de propriété est subordonnée au paiement intégral de la créance ou plus exactement au paiement avec satisfaction du créancier et non pas au simple paiement qui, comme on le sait, vaut extinction de la créance », ou encore E. Le Corre-Broly, « Le prêteur subrogé dans la clause de réserve de propriété », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly éditions, 2017, n° 17, p. 121 : « cette solution ne nous semble pas choquante lorsque le créancier est le vendeur réservataire puisqu'il est convenu avec l'acquéreur qu'il demeurerait propriétaire du bien tant que le prix ne lui serait pas réglé. Or l'extinction de la créance du vendeur ne vaut pas paiement, de sorte que le transfert de propriété ne peut s'opérer en faveur de l'acquéreur ».

⁴ En effet, dans une décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, prise en son troisième considérant, le Conseil constitutionnel a affirmé que « la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi » (v. également P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramani, E. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 19^e éd., 2018, n° 32, spé. p. 493 et s.) Voilà la grille de lecture proposée : le réservataire, véritable propriétaire, ne peut se voir purement et simplement exproprié par l'application du droit des procédures collectives, ce qui met en doute la validité de la modification

113. La jurisprudence possède en effet une cohérence interne : elle qualifie la réserve de propriété de sûreté et applique la règle de l'accessoire quand cette application profite au subrogé ; elle écarte la règle de l'accessoire, et donc la qualification de sûreté, lorsque le vendeur en a le plus besoin. Toutes les décisions de la Cour de cassation sont ainsi tournées vers la survie du droit de propriété du cocontractant de l'acheteur, ce qui maximise par ricochet l'efficacité de sa garantie¹.

114. Dissociation des qualités de créancier et de propriétaire du réservataire. Ces solutions mettent en lumière la position particulière du vendeur réservataire, qui cumule les qualités de propriétaire et de créancier² et se distingue par là même des simples créanciers de sommes d'argent que sont les bénéficiaires de sûretés réelles³. Là où les sûretés réelles, préférentielles ou exclusives, ont pour objectif unique le renforcement des prérogatives du créancier de somme d'argent, la clause de réserve de propriété est structurée différemment. La conservation de son droit de propriété par le vendeur tend d'abord au paiement de la créance de prix de vente mais, si l'acheteur s'avérait incapable de la régler, le propriétaire est habilité à

proposée par l'Association Henri Capitant quant au régime de la clause de réserve de propriété ; le droit des procédures collectives peut en revanche tout à fait apporter des limites aux conditions d'exercice du droit de propriété, afin de parvenir à redresser davantage d'entreprises en difficulté et à sauver davantage d'emplois, ce qui constitue un motif d'intérêt général (sur les obstacles supplémentaires qu'il faudrait lever sur le parcours du réservataire, v. *infra*, n° 760 et s.

¹ L'on peut se référer à J. Klein, obs. précitées, n° 4 : « *Au fond, l'ensemble de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation est orientée vers la protection de l'efficacité de la réserve de propriété. Conçue par les parties comme une garantie contre le défaut de paiement, elle doit, pour remplir son rôle, résister aux assauts des procédures collectives et autres mesures de redressement personnel. Confrontée à un tel événement, l'efficacité de la sûreté que constitue la réserve de propriété passe alors par une mise à l'écart de son caractère accessoire au profit d'une analyse contractuelle du mécanisme, au prix [...] d'une prise de liberté avec l'orthodoxie juridique* », ainsi qu'A. Martin-Serf, obs. précitées : « *Certes toute la construction jurisprudentielle apparaît cohérente quant au but poursuivi : donner le maximum de sécurité au vendeur qui s'est réservé la propriété, cette sécurité étant assurée tantôt par l'assimilation de la propriété réservée à une sûreté, permettant de faire jouer les mécanismes de transmission ou de subrogation réelle, tantôt par le rejet d'une telle assimilation afin d'éviter que le vendeur ne perde son droit de propriété en même temps que sa créance. Si l'inspiration de toutes ces solutions est claire et cohérente en effet, il n'en est malheureusement pas de même de l'analyse juridique* ».

² Rappr. S. I. B. Guedegbe, « Le crédit-bail à l'épreuve du droit des procédures collectives après la révision de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », in *Les horizons du droit OHADA – Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo*, CREDIJ, 2018, p. 501 et s., distinguant soigneusement les atteintes portées par le droit des procédures collectives aux prérogatives du crédit-bailleur pris dans sa qualité de créancier et dans sa qualité de propriétaire, spé. p. 519 : « *Les procédures collectives atteignent le bailleur dans toutes ses qualités. En tant que cocontractant du preneur en difficulté, il subit souvent une détermination autoritaire du sort de son contrat [...] La qualité de propriétaire conservée par le bailleur aux fins de garantie lui permet de limiter les pertes occasionnées par la défaillance du preneur puisqu'il peut sous-traire le bien dont il a conservé la propriété* ».

³ En ce sens, M. Laroche, th. précitée, n° 165, p. 110 : « *En affirmant l'autonomie de la propriété par rapport à la créance, la Cour de cassation rappelle que la qualité de propriétaire ouvre droit à revendication, indépendamment de toute autre considération* », ou encore C. Mouly, « La situation des créanciers antérieurs », in *Le redressement judiciaire de l'entreprise*, RJ Com. n° spé. 1987, n° 33, p. 147 : « *La possibilité de revendiquer un bien n'est pas vraiment une prérogative découlant d'une sûreté réelle, mais elle en exprime parfois les finalités. Ainsi, la réserve de propriété est un moyen de constituer une garantie qui échappe, au moins en partie, à l'écrasement des procédures collectives. Ce n'est plus ici la créance de paiement du prix qu'invoque le créancier, c'est son titre de propriété* ».

revendiquer son bien afin de prévenir une perte pécuniaire supplémentaire. En ce sens, la clause de réserve de propriété ne peut s'analyser que comme un accessoire partiel de la créance : le droit de propriété ne joue pas seulement le rôle d'une sûreté, mais également celui d'une garantie, dans la mesure où son but véritable est de prévenir une perte du vendeur, là où les sûretés réelles ne tendent qu'au paiement d'une créance et sont donc dépourvues d'utilité si elle venait à disparaître¹.

115. La jurisprudence fait varier l'intensité du lien d'accessoire en fonction des circonstances de la cause afin de promouvoir en toutes circonstances l'efficacité de la clause². Cette déférence des juges vis-à-vis de la volonté des parties est un argument supplémentaire pour écarter la qualification de sûreté réelle : ce qui compte, c'est l'accomplissement du but recherché par les parties et non l'application des principes fondamentaux du droit des sûretés, laquelle aboutirait à spolier le vendeur en admettant le transfert de propriété des biens dont le prix n'aurait pas été réglé³. On pourrait toutefois objecter que la variation d'intensité du lien

¹ L'adage *accessorium sequitur principale* n'est donc pas monolithique, ce que Goubeaux avait déjà démontré, v. *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. XCIII, 1969, n° 20, pp. 36-37 : « *Le principal poursuit son propre but, qui ne le rapproche pas spécialement de telle ou telle autre chose. Au contraire, la destination assignée à l'accessoire le conduit à se joindre au principal qu'il doit servir. L'accessoire ne peut remplir son but que s'il s'ajoute au principal [...] l'affectation est unilatérale : l'accessoire est au service du principal ; le principal n'est pas destiné à l'amélioration de l'accessoire [...] le principal poursuit une certaine fin. C'est ce but qui est essentiel et qu'il importe d'atteindre. C'est pour faciliter la réalisation de cet objectif qu'un accessoire est adjoint au principal. L'ensemble formé par la réunion du principal et de l'accessoire vise alors le but qui était déjà celui du principal seul. L'accessoire a donc en définitive la même fin que le principal, mais il ne peut atteindre ce but qu'indirectement, au travers du principal dont le service est son but direct* », ainsi que n° 24, pp. 44-45 : « *Le principal forme un tout ; pas l'accessoire. C'est pourquoi l'accessoire doit être joint au principal. L'accessoire seul est incomplet. Il lui manque quelque chose d'essentiel que le principal lui procure. C'est là le ressort de la « règle de l'accessoire » [...] le principal procure à l'accessoire une partie essentielle de lui-même. C'est le principal qui « donne vie » à l'accessoire [...] En définitive, l'image qu'évoque le mot « accessoire » rejoint la formule *accessorium sequitur principale* : l'accessoire est ce qui vient s'ajouter au principal sans s'y absorber. S'il se place dans cette position c'est qu'il ne peut se réaliser que grâce au principal, qui joue à son égard le rôle de support. Et c'est pour cette même raison qu'il suit le sort du principal* ». Ces formules conviennent parfaitement aux sûretés réelles, qui ne peuvent réaliser leur but qu'au travers de la créance garantie et qui, sauf exception, sont insusceptibles d'existence autonome. Bien différente est la situation du droit de propriété, qui peut répondre à davantage de buts et ne nécessite pas l'existence d'une créance garantie pour exister. En effet, « *il convient toujours de vérifier l'existence et la portée du rapport d'accessoire à principal. Non seulement parce que la position d'accessoire est souvent instable, mais aussi parce qu'il est des hypothèses où la relation de dépendance, permettant de reconnaître un accessoire et un principal, n'existe qu'à certains égards et que ce n'est qu'à propos de situations bien délimitées qu'il est possible d'exprimer les conséquences de la disparition du principal par la formule *accessorium sequitur principale* » (n° 56, p. 98). Une fois la créance disparue, la réserve de propriété ne permet évidemment pas d'en obtenir le paiement... mais le droit de propriété du vendeur demeure et l'habilité à revendiquer le bien impayé.*

² V., approuvant l'arrêt de 1996, P.-M. Le Corre, « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », *LPA* 19 mai 1999, p. 4 et s. : « *La logique de la dualité du droit réel et du droit personnel [...] est respectée et l'autonomie s'impose ici* ».

³ En ce sens, Ph. Théry, préface à la thèse de M. Laroche, précitée, p. VII : « *Alors que la Cour de cassation a traité la question avec tout le pragmatisme que requerrait la singularité de la propriété, la qualification de sûreté, désormais consacrée par la loi, pourrait bien aboutir à un régime moins protecteur de la propriété* », H. Westendorf, th. précitée, n° 493, p. 364 : « *nous pensons que cette solution se justifie par le mécanisme même de la réserve de propriété. En effet, en général, dans le cadre d'une sûreté le créancier reçoit un droit d'agir contre un tiers ou portant sur un bien du débiteur ou d'un tiers. Dans le cadre de la réserve de propriété, le droit ne porte pas sur un bien du débiteur ou d'un tiers, mais sur un bien appartenant au créancier. Le créancier*

d'accessoire est déjà connue du droit des sûretés, par exemple sous les traits de la garantie autonome¹ ou des sûretés rechargeables², mais aucune sûreté constituée en vue de garantir le paiement d'une créance spécifique ne peut survivre si celle-ci venait à s'éteindre. Le particularisme de la propriété réservée est donc tout à fait remarquable.

116. La possibilité de maintenir cette solution. Cependant, cette solution jurisprudentielle va peut-être disparaître. En effet, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose d'ajouter, à la fin de l'article 2367 du Code civil, la phrase suivante : « *La réserve de propriété prend fin par l'extinction de [la] créance [garantie], quelle qu'en soit la cause* »³. La volonté des rédacteurs est claire : renforcer le caractère accessoire de la réserve de propriété afin de rendre la qualification de sûreté réelle inattaquable. Cette innovation paraît néanmoins très critiquable, car elle aboutirait à l'affaiblissement des droits du vendeur à crédit, toute extinction de la créance sans paiement par le débiteur conduisant alors à la perte du bien sans contrepartie⁴. Loin d'être purement théorique, le débat sur la nature de la réserve de propriété rebondit alors : la qualifier de garantie et non de sûreté, c'est lui permettre d'être suffisamment souple pour protéger les intérêts du créancier propriétaire contre une expropriation pour cause d'utilité privée. La propriété conservée par le vendeur fournit ainsi la justification et la mesure de la différence de traitement entre ce mécanisme et les sûretés réelles⁵.

117. Toutefois, même si l'innovation préconisée par l'avant-projet de réforme venait à voir le jour, il n'est pas certain que les juges soient obligés de revoir leur position pour faire produire à la clause de réserve de propriété toutes les conséquences de sa qualification de sûreté

reste propriétaire du bien tant qu'il n'a pas été payé. L'extinction de la créance garantie en dehors du paiement ne peut donc pas avoir de conséquence sur la situation du créancier. En effet, tant qu'il n'est pas payé, il reste propriétaire de la chose vendue. L'existence de la réserve de propriété ne dépend donc pas tant de l'existence de la créance, mais de l'existence du paiement ». Pour une opposition à l'avant-projet de réforme fondée notamment sur la nécessité de conserver l'efficacité de la clause de réserve de propriété, v. K. Lafaurie, « Retour et projection sur le sort de la clause de réserve de propriété en cas d'effacement de dette (à propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés) », *Dr. et Patr.* avril 2019.

¹ V. *infra*, n° 431 et s.

² V. *supra*, n. 2, p. 107.

³ Les explications de l'avant-projet sous ce texte précisent que cette formule est ajoutée à l'article 2367 précisément dans le but d'anéantir la jurisprudence exposée *supra*.

⁴ Ce qui serait le cas notamment à la suite de l'effacement des dettes prévu dans l'hypothèse de la clôture d'une procédure de rétablissement personnel (L. 742-22 C. conso.) ou de rétablissement professionnel (L. 645-11 C. com.).

⁵ En ce sens, farouchement opposé à l'avant-projet de réforme, D. R. Martin, « Grâce ! pour la réserve de propriété », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 8, p. 234, qui estime que la Cour de cassation, dans ses arrêts précédemment cités, formule l'avertissement suivant : « *Attention ! La réserve cache quelque chose qui nous échappe encore et qui touche à son économie profonde. Elle est moins une sûreté soumise au droit commun du genre qu'une garantie à découvrir et à reconsidérer dans son inédite spécificité* ».

par la Code civil. En effet, l'article 2287 de ce Code établit une hiérarchie claire entre le droit des sûretés contenu dans le Livre IV et les dispositions spéciales situées dans le Code de commerce à propos des procédures collectives du droit commercial ou dans le Code de la consommation relativement au traitement du surendettement des particuliers. En cas de conflit, c'est toujours le deuxième corps de règles qui doit primer sur l'application du régime contenu dans le Code civil. Si le Code de commerce et le Code de la consommation énoncent une règle relative à l'apurement de la dette sans que la réserve de propriété ne disparaisse pour autant, la nouvelle rédaction de l'article 2367 du Code civil serait sans effet sur la saga jurisprudentielle qui nous occupe. Or, il semble bien en être ainsi : l'effacement des dettes qui résulte tant de la clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif¹ que de la procédure de rétablissement personnel ou de rétablissement professionnel² constitue une règle de cette nature³.

118. Concrètement, même hors du droit des garanties, toute personne cumulant les qualités de propriétaire et de créancier est en mesure de récupérer la jouissance de son bien afin de limiter ses pertes si le débiteur impécunieux voit ses dettes effacées⁴. La Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a récemment approuvé cette théorie en autorisant un juge à prononcer la résiliation judiciaire d'un bail sur la demande d'un bailleur dont les créances de loyers avaient été effacées en application du droit du surendettement⁵. C'est que l'effacement de la dette d'un débiteur insolvable constitue une « purge », sans paiement, ce qui ne peut priver le créancier insatisfait de l'exercice des actions contractuelles qui visent à cantonner l'étendue de son préjudice sans obtenir le paiement de sa créance. Par faveur pour le débiteur dont le juge veut apurer le passif, tous les moyens dont le créancier dispose afin d'assurer le recouvrement de sa créance sont paralysés mais cette dernière n'est pas éteinte pour autant, ce qui explique la

¹ L'art. L. 643-11, I C. com. ne traite pas expressément de l'effacement des dettes du débiteur, mais il y a bien longtemps que l'expression a été utilisée pour caractériser les effets de cette clôture pour insuffisance d'actif qui « *ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur* », v., entre autres, F. Macorig-Venier, « L'effacement des dettes dans le droit du surendettement », *Dr. et Patr.* sept. 2009, ainsi que J.-L. Vallens, « L'effacement des dettes du débiteur en liquidation judiciaire », *LPA* 19 sept. 1997, p. 4 et s.

² Art. L. 645-11 C. com.

³ Comp. toutefois, estimant que la règle du droit de la consommation provoque littéralement l'extinction de la créance, M.-J. Campana, « L'effacement des dettes », *Gaz. Pal.* 27 fév. 2003, p. 44 et s.

⁴ Il faut toutefois réserver l'hypothèse de la clause résolutoire insérée dans un contrat de bail, dont les effets sont suspendus de plein droit pendant deux ans à compter du prononcé de l'effacement de la dette au cours d'une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire depuis l'entrée en vigueur de la loi ELAN du 23 novembre 2018 si le locataire a repris le paiement des loyers et des charges (art. L. 714-1 C. conso.).

⁵ Civ. 2^e, 10 janvier 2019, n° 17-21774 ; *D.* 2019. 411, n. J. François.

solution retenue par la Cour de cassation¹. En raisonnant en termes d'analyse dualiste de l'obligation, l'on pourrait affirmer que l'effacement de la dette neutralise l'*obligatio*, pouvoir de contrainte, sans toucher au *debitum*, substance de la dette². Cela explique également que les textes réservent le cas de la dette réglée par une caution³. Etant donné que la créance principale n'est pas éteinte, le créancier peut toujours réclamer le paiement au garant, l'exécution de sa propre obligation demeurant exigible en raison du maintien de l'obligation principale. Un recours lui est ensuite ouvert à l'encontre du débiteur principal, un garant n'ayant jamais vocation à supporter la charge définitive de la dette. Une telle solution serait inconcevable si l'effacement des dettes résultant de la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif ou du droit du surendettement produisait un effet extinctif de la créance⁴.

119. L'article 2287 du Code civil, ultime secours du réservataire. Les juges devraient donc pouvoir se saisir de l'article 2287 du Code civil pour refuser le transfert de propriété réclamé par l'acheteur qui n'a pas réglé le prix prévu entre les mains du vendeur mais a seulement bénéficié de l'apurement de sa dette. Ne s'agissant pas à proprement parler d'un cas

¹ En ce sens, J. François, n. précitée, n° 8 : « effacer la dette revient à décider que celle-ci ne doit plus figurer au passif du débiteur. Si l'on veut atteindre ce résultat, il est nécessaire d'empêcher le créancier d'obtenir de son débiteur, de manière directe ou indirecte, le règlement de sa dette. En d'autres termes, il convient de paralyser son pouvoir de contrainte, [...] ainsi que les mécanismes aboutissant au même résultat économique que le paiement [...] Si ces mesures sont nécessaires, elles sont, en revanche, suffisantes. Sauf à confondre effacement et extinction, il n'est nul besoin d'interdire en outre au créancier d'exercer les droits contractuels qui n'aboutissent pas au règlement de la dette par le débiteur ».

² Rappr. F. Rizzo, *Le traitement juridique de l'endettement*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996, n° 379, pp. 440-441 : « L'appui sur l'analyse allemande de la constitution de l'obligation permet une caractérisation précise du processus juridique libérant le débiteur de ses dettes. Selon la doctrine d'outre Rhin, l'obligation se décompose en deux éléments, le *Schuld* et la *Haftung*. Le premier s'identifie à la dette – un devoir juridique impliquant l'exécution d'une prestation. Le second est la contrainte qui permet au créancier de procéder à l'exécution forcée en cas de non-respect de l'obligation. C'est cette contrainte qui disparaît sous l'effet de l'article 169 [de la loi du 25 janvier 1985], qui dispose que les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur. Ainsi, il n'y a pas extinction de la dette, mais seulement extinction de l'action en paiement. Autrement dit, le créancier conserve son droit de créance, mais se trouve démuné de toute action pour le faire respecter. Corrélativement, subsiste à la charge du débiteur une obligation naturelle [...] En supprimant le rapport de contrainte établi entre le créancier et son débiteur, le mécanisme de l'article 169 ôte à la dette sa force juridique et ne laisse à la charge du débiteur qu'une obligation naturelle non constitutive d'un élément de passif ». Sur l'analyse dualiste de l'obligation, de manière générale, v. F. K. Comparato, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964.

³ Art. L. 643-11, II C. com., ainsi que L. 741-2 et L. 742-22 C. conso.

⁴ M.-H. Monsérié-Bon, « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr et Patr.* sept. 2009 : « il apparaît que la notion d'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté est bien difficile à cerner. Si elle ne correspond pas à une extinction des créances, elle n'en assure pas non plus une mise en sommeil définitive. Le droit des entreprises en difficulté met en oeuvre un effacement sélectif des dettes qui varie en fonction des personnes (débiteur ou garants) et des phases de la procédure (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires). On pense alors à une sorte d'ardoise magique qui, bien que l'on ait effacé l'image, lui permet de resurgir et de s'imposer au joueur incrédule. Il se peut que les garants souvent, et le débiteur parfois, se trouvent dans la situation de ce joueur incrédule qui ayant vu la dette effacée seront tout de même obligés dans certaines circonstances de payer le créancier. En droit des entreprises en difficulté, les créances ne disparaissent que rarement à tout jamais... » ; J.-L. Vallens, « L'effacement des dettes du débiteur en liquidation judiciaire », art. précité : « l'effacement des dettes n'équivaut pas en effet à une extinction de la créance, aussi la caution reste-t-elle tenue vis-à-vis du créancier sans pouvoir invoquer ici une exception inhérente à la dette ».

d'extinction de la créance, mais seulement d'une déchéance du droit de recourir à l'exécution forcée, la revendication devrait toujours pouvoir être mise en œuvre par le réservataire impayé. Cette solution est la seule à même de préserver la sécurité juridique du vendeur malgré la modification des textes proposée par l'avant-projet de réforme. Précisons encore une fois la portée de la solution préconisée : il s'agit seulement de faire en sorte que le vendeur réservataire, qui est propriétaire en plus d'être créancier de somme d'argent, ne soit pas exproprié en cas d'extinction sans paiement de la créance de prix. Il ne faudrait absolument pas en déduire que la réserve de propriété devrait être immunisée aux conséquences de la procédure collective du débiteur. Bien au contraire, des restrictions peuvent et doivent être imposées à son efficacité, tant que les atteintes portées aux prérogatives du réservataire n'aboutissent pas à la perte de son droit de propriété sans contrepartie. Cependant, bien que la critique tirée de la méconnaissance du caractère accessoire de la réserve de propriété puisse être désamorcée, la jurisprudence n'a pas encore réussi à résoudre de façon satisfaisante la question de la liquidation des comptes entre les parties à la fin de l'opération.

120. Appréciation de la solution : la fin des relations contractuelles. Les auteurs critiquent également les conséquences pratiques de la solution, qui aboutirait au blocage inextricable des relations entre les parties. En effet, faute d'obligation à exécuter du côté de l'acheteur, la créance de prix ayant été éteinte, le vendeur ne peut demander la résolution du contrat pour inexécution. Mais il ne peut pas non plus en obtenir l'exécution¹. Par ailleurs, selon un auteur, l'application de la règle selon laquelle le vendeur doit restituer à l'acheteur la différence entre la valeur du bien et le montant de sa créance², si elle est excédentaire, devrait aboutir à ce que le vendeur paye à l'acheteur la totalité de la valeur du bien repris, en raison de l'extinction de la créance de prix³. Solution absurde s'il en est du point de vue de l'efficacité de la réserve de propriété⁴ : le vendeur garde son bien mais perd sa valeur, alors que l'acheteur perçoit la valeur d'un bien pour lequel il n'a pas payé. C'est pourtant bien le résultat auquel devrait aboutir, en principe, l'application de la solution prétorienne.

¹ V., critiquant cette solution « absurde » et « inéquitable », E. Charlery, obs. précitées ; P. Crocq, *RTD Civ.* 1996. 436, obs. précitées.

² Art. 2371, al. 3 C. civ.

³ J. E. Degenhardt, « La détermination de l'actif du débiteur sollicitant un rétablissement professionnel : faut-il prendre en compte des biens acquis sous réserve de propriété et le patrimoine affecté de l'EIRL ? », *BJE* sept. 2014, p. 335 et s., n° 10.

⁴ Qui condamne, selon l'auteur, l'approche contractuelle de la réserve de propriété et plaide pour l'analyse comptable.

121. La Cour de cassation n'a pas raisonné de la sorte et a rendu une décision permettant de mettre fin aux relations entre les parties d'une manière qui n'est pas théoriquement satisfaisante¹. En l'espèce, un vendeur réservataire avait déclaré sa créance à hauteur d'une somme inférieure à son véritable montant dans la liquidation judiciaire de son débiteur. La valeur des biens repris excédant le montant déclaré – non le montant véritable – de la créance de prix, le liquidateur s'est pourvu en cassation pour demander la restitution de cette différence. La Chambre commerciale rejette ce pourvoi en affirmant « *qu'ayant constaté que la valeur des biens restitués n'excédait pas le solde du prix restant dû, lequel devait s'entendre de la fraction du prix convenu entre les parties demeurée impayée, indépendamment d'une déclaration de créance y correspondant totalement ou partiellement, la cour d'appel en a exactement déduit qu'aucune somme n'était due par la société* ». Le raisonnement n'est absolument pas satisfaisant : on ne peut pas affirmer d'une part que la créance de prix est éteinte et, d'autre part, comparer la valeur du bien et le montant de cette créance². C'est pousser trop loin l'autonomie des qualités de créancier et de propriétaire que de fonder l'analyse sur une créance morte-vivante : la créance de prix est la même que l'on considère le vendeur réservataire sous l'un ou l'autre angle. La créance étant éteinte, le vendeur-crédancier ne peut plus réclamer son paiement et le vendeur-propriétaire ne peut plus transférer la propriété de son bien, l'extinction sans paiement n'étant pas satisfaisante. Il faut donc trouver un autre fondement à la terminaison de la relation contractuelle.

122. L'utilité du recours à la notion de caducité. Si les parties sont d'accord, elles devraient pouvoir résoudre leur contrat par *mutuus dissensus* : ce que les parties ont fait, elles peuvent le défaire³. Cet anéantissement du contrat doit aboutir à des restitutions, chaque contractant rendant à l'autre les profits obtenus. L'acheteur devra donc rendre le bien au vendeur, alors que ce dernier devra restituer les acomptes, tout en ayant la possibilité de

¹ Com., 1^{er} avril 2008, *Bull. civ.* IV, n° 74 (n° 07-11726) ; *JCP G* 2008. doct. 198, n° 12, obs. Cabrillac ; *D.* 2008. 2104, panorama par P. Crocq.

² En ce sens, P. Crocq, obs. sous Com., 1^{er} avril 2008, précitées : « *En bref, la Cour de cassation se trouve obligée, pour mener son raisonnement à son terme, d'affirmer qu'une créance éteinte existe toujours et que sa valeur est supérieure à celle du bien restitué, ce qui montre bien le caractère erroné des prémisses de ce raisonnement !* » ; Ph. Théry, obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, précitées.

³ Pour une étude détaillée de cette institution et de ses effets, v. R. Vatinet, « *Le mutuus dissensus* », *RTD Civ.* 1987. 252, spé. n° 33, p. 277 et s., où l'auteur explique qu'à défaut de stipulation expresse, les effets du *mutuus dissensus* sont ceux de la résolution du contrat, ce qui implique la nécessité de procéder à des restitutions en cas de commencement d'exécution (ce qui correspond parfaitement au contrat de vente avec réserve de propriété une fois le bien délivré et le premier acompte versé).

réclamer des dommages-intérêts en cas de préjudice subi du fait de l'inexécution ou en cas d'usure du bien imputable au débiteur¹. Des réserves ont cependant été émises quant à la possibilité de recourir au *mutuus dissensus* pour mettre fin aux rapports entre les parties².

123. Dans le cas où l'accord entre les parties serait impossible, reste la possibilité de recourir au droit commun des contrats, qui contient une institution qui paraît parfaitement adaptée à la situation : la caducité³. Elle permet de mettre fin au contrat lorsqu'aucun vice ne l'entachait à l'origine mais qu'un de ses éléments essentiels a disparu au cours de l'exécution⁴. Alors que l'on y voyait traditionnellement un mécanisme non-rétroactif, la réforme du droit des contrats semble avoir renouvelé la notion de caducité : le nouvel article 1187 du Code civil dispose en effet qu'elle peut entraîner des restitutions, indice en faveur de sa rétroactivité potentielle⁵. Dans notre situation, la créance de prix, élément essentiel du contrat de vente, ayant disparu, le contrat est donc caduc. On imagine que les juges n'auraient aucun scrupule à prononcer la caducité rétroactive de la vente avec réserve de propriété, sachant qu'il s'agit du seul moyen apte à rétablir l'équilibre entre les parties tout en respectant la rigueur de l'analyse juridique. La solution serait alors parfaitement logique : le vendeur, qui a perdu la qualité de créancier en raison de l'extinction de la créance, n'est plus qu'un propriétaire. L'acheteur n'est plus son débiteur. Le but du contrat ne pouvant plus être atteint, il s'agit de remettre les parties

¹ En ce sens, F. Pérochon, *D.* 1991. 191, n. sous CA Bordeaux, 2^e chambre, 27 février 1990 ; D. R. Martin, *D.* 2014. 1081, obs. précitées.

² E. Charlery, obs. précitées, n° 29, qui estime que le consentement à l'acte de l'acheteur ne serait pas libre dans une telle situation.

³ V., pour l'utilisation de la caducité dès que le vendeur obtient la restitution de ses biens, F. Danos, obs. sous Com., 17 décembre 2018 précitées, ainsi que N. Thomassin, th. précitée, n° 148, p. 278 ; V. également, favorable à un plus grand rôle de la caducité pour réguler les déséquilibres contractuels, V. Wester-Ouisse, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G* 2011. I. doct. 290.

⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2019, n° 591, pp. 663-664.

⁵ En ce sens, R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques, Etude de droit civil*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 445, 2006, n° 428 et s., p. 375 et s., spé n° 469 et s., où l'auteur développe sa conception de la caducité rétroactive comme une garantie ; N. Dissaux, « Contrat : formation », *Rép. civ.*, avril 2017, n° 263 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, préf. Ph. Jestaz, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004, n° 372, p. 461, mais seulement pour la « caducité-sanction » en matière d'actes de procédure ; *Contra*, M.-C. Aubry, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD Civ.* 2012. 625, qui estime que la caducité éteint les obligations et non le contrat dans son ensemble. Le nouvel article 1187 du C. civ. indique cependant que la caducité met fin au contrat, et les projets Terré et Catala, desquels s'est largement inspirée l'ordonnance du 10 février 2016, prévoient tous deux la possibilité que la caducité soit ou non rétroactive (v. art. 1131, al. 2 du projet Catala et 89, al. 4 du projet Terré). On peut donc légitimement affirmer que les restitutions dues en cas de caducité du contrat sont la conséquence de sa rétroactivité. V. également, estimant qu'il ne pouvait y avoir de caducité rétroactive des contrats à exécution instantanée sans texte, F. Garron, *La caducité du contrat (Etude de droit privé)*, préf. J. Mestre, PUAM, 2000, n° 227, pp. 275-276. L'auteur insiste fortement sur le caractère exceptionnel des restitutions suivant le prononcé de la caducité d'un acte juridique, qui devrait justifier l'application d'un régime très spécifique (th. précitée, n° 239 et s., p. 292 et s.). Cet argument a perdu de sa force aujourd'hui, le nouvel article 1187 du C. civ. renvoyant expressément au chapitre V du Titre relatif au régime général des obligations, dont les dispositions s'appliquent également aux restitutions à la suite du prononcé d'une nullité (art. 1352 C. civ. et s., auxquels fait référence l'article 1178 C. civ. relatif à la nullité). Si les mêmes textes s'appliquent aux restitutions après caducité et après nullité, on peut en déduire que la caducité a parfois un effet rétroactif.

au *statu quo ante*¹. L'établissement de comptes entre les valeurs des prestations d'origine n'aurait aucun sens dans la mesure où l'un des deux éléments de référence a disparu. Il faut donc que le vendeur revendique son bien et que l'acheteur récupère ses acomptes, déduction faite d'une éventuelle indemnité d'usure. En procédant de la sorte, l'on s'assure que le vendeur ne s'enrichit pas par la mise en œuvre de sa garantie et que l'acheteur n'est pas lésé par la restitution. Un tel équilibre mériterait d'être mis en place en matière de réserve de propriété immobilière.

124. Réserve de propriété immobilière et établissement des comptes. Par un arrêt rendu le 14 décembre 2017, la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation est allée encore plus loin². Dans cette affaire, l'acheteur d'un immeuble vendu avec réserve de propriété a été mis en liquidation judiciaire. Le contrat de vente a alors été résilié et le bien restitué au vendeur, son propriétaire. Mais alors que le liquidateur réclamait la restitution de la différence entre la valeur du bien repris et le solde restant dû de la créance de prix, la cour d'appel puis la Cour de cassation le lui ont refusé, cette dernière se prononçant ainsi au motif « *qu'ayant retenu à bon droit que l'article 2371 du code civil n'avait pas vocation à s'appliquer aux immeubles s'agissant d'un texte relatif aux sûretés mobilières et souverainement qu'aucune disposition contractuelle n'envisageait la restitution par le créancier de la différence entre la valeur du bien restitué en raison du non-paiement des échéances et la créance du vendeur, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire que la demande du liquidateur judiciaire devait être rejetée* ». Deux éléments doivent être distingués dans cette décision : le refus d'appliquer les règles relatives à la réserve de propriété mobilière et le refus de la restitution du trop-perçu du vendeur.

125. Le refus d'appliquer l'article 2371 du Code civil à la réserve de propriété immobilière nous paraît révélateur. La décision est particulièrement intéressante, en ce qu'elle permet à une nouvelle Chambre de la Cour suprême de manifester son opinion sur la nature de la clause de réserve de propriété. En effet, la Troisième Chambre civile signifie ainsi qu'à son avis, le régime de cette garantie tel qu'il résulte des articles 2367 et suivants du Code civil n'est pas adapté. Si tel n'était pas le cas, il lui aurait suffi d'étendre par analogie la règle pour

¹ Rappr, estimant que la cession de créance professionnelle est frappée de caducité une fois la créance garantie réglée par le débiteur, D. R. Martin, « De la cession de créance professionnelle », *Banque et Droit* mai-juin 2019, p. 18.

² Civ. 3^e, 14 décembre 2017, n° 16-25465.

l'appliquer au cas présent. Elle ne l'a pas fait, montrant par là même que la réserve de propriété ne lui semble pas pouvoir être qualifiée de sûreté. Elle refuse d'appliquer le régime des sûretés réelles à la réserve de propriété toutes les fois qu'elle n'y est pas expressément obligée par le législateur. Lorsqu'il ne la dénature pas, sa nature contractuelle prend le dessus¹. Après la Chambre commerciale et la Deuxième Chambre civile, la Troisième Chambre civile est ainsi la troisième formation de la Cour de cassation à rejoindre la résistance à la qualification de sûreté de la réserve de propriété.

126. Ce refus, qui doit être approuvé, produit cependant des conséquences excessives en l'espèce. Le vendeur serait autorisé à récupérer la mainmise matérielle sur son bien et à conserver les sommes payées par l'acquéreur à l'extinction des relations entre les parties. Cette partie de la solution est proprement inadmissible : en tant que garantie contractuelle, la réserve de propriété ne doit pas permettre à son bénéficiaire de s'enrichir par sa mise en œuvre², or tel est bien le cas en l'espèce. La Cour de cassation pousse jusqu'au bout la logique de dénaturaison de la vente mise en lumière par M. Jestaz, en estimant que la vente immobilière avec réserve de propriété doit s'analyser comme un bail pendant la période au cours de laquelle l'acquéreur a eu la jouissance de l'immeuble³. En effet, c'est en considérant les parties comme un bailleur et son locataire pour la période précédant la résolution que la Cour de cassation peut prononcer une résolution dépourvue d'effet rétroactif⁴. Tout établissement de comptes entre les parties serait alors impossible, faute de clause expresse le prévoyant. Cette dénaturaison du contrat de vente n'est pas acceptable car aucune des parties n'a atteint le but envisagé par le contrat⁵ et, surtout, car elle aboutit à une lésion insupportable des intérêts du débiteur-acquéreur, privé des

¹ Rapp. J. Lafond, « La vente d'immeuble avec transfert de propriété différé », art. précité, n° 1 : « *il est admis que la « clause de réserve de propriété » peut s'appliquer à des ventes immobilières. La convention ne relève pas alors de la loi du 12 mai 1980 : elle n'est régie par aucun texte particulier, ce qui laisse libre cours à la volonté des contractants* ».

² Ph. Théry, obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, précitées, V : « *La réserve de propriété qui semble la chose la plus simple du monde – le transfert de propriété par le seul effet des consentements n'ayant aucun caractère impératif, les parties peuvent y déroger – n'a pas une nature simple. Si sa qualification de sûreté n'est pas convaincante, sa fonction de garantie devrait exclure l'enrichissement du vendeur* ».

³ Ph. Jestaz, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », art. précité, spé. p. 233.

⁴ Sur ce point, v. T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 484, 2007, n° 850 et s., p. 606 et s. L'auteur distingue les contrats à utilité globale, tels que la vente, pour lesquels seule importe la réalisation du but global, ce qui doit conduire à la rétroactivité de la résolution, et les contrats à utilité continue, tels que le bail, qui sont utiles à tout instant, et pour lesquels la résolution ne doit pas être rétroactive. En toute logique, le but de la vente, le transfert de propriété, n'étant pas réalisé, la résolution du contrat devrait aboutir au retour au *statu quo ante*. En qualifiant implicitement la vente avec réserve de propriété de bail, la Cour se permet ainsi de mettre fin aux relations contractuelles sans remettre en cause les actes d'exécution passés.

⁵ Sur l'analyse de la vente avec réserve de propriété comme une véritable vente, v. *infra*, n° 128 et s.

utilités du bien comme des sommes versées. La seule solution qui nous paraît acceptable en l'espèce consiste à prononcer la résolution de la vente avec effet rétroactif : une fois de plus, le vendeur récupérerait son bien ainsi qu'une indemnité d'usure le cas échéant, tandis que l'acheteur se verrait restituer les acomptes versés. Dans un monde idéal, les propriétés réservées seraient soumises aux dispositions du droit des sûretés dans les seules hypothèses où leur application est compatible avec la conservation de son droit de propriété par le créancier. En effet, il faut bien prendre conscience du fait que leur utilité première est d'offrir à leurs bénéficiaires la possibilité de faire jouer les garanties du droit commun des contrats.

§2) *La propriété réservée, une simple garantie contractuelle*

127. Plan. Il a pu être avancé que la vente conclue sous réserve de propriété n'était pas une vente mais une « véritable *conventio autonoma*, sui generis, qui contredit les obligations synallagmatiques classiquement générées par la conclusion de la vente » et qui peut être expliquée par le mécanisme de la simulation¹. La clause de réserve de propriété modifie-t-elle la physionomie de la vente jusqu'à nécessiter un changement de qualification ? L'examen de l'opération sous l'angle de la notion d'obligation essentielle telle qu'exposée par Pothier montre qu'il n'en est rien. La vente avec réserve de propriété demeure une vente, mais une vente spéciale : écartant l'agencement classiques des obligations issues du contrat de vente, la clause ajoutée par les parties à leur accord modifie la chronologie de l'exécution du contrat (A).

Par ailleurs, il a été reproché au droit des procédures collectives de procéder à une confusion des concepts : l'action en revendication n'aurait pas le même sens en droit commun et en droit commercial. En droit commun, elle est l'action qui protège le droit du propriétaire contre les atteintes à son exclusivisme², alors qu'en droit des procédures collectives, elle ne serait qu'une action personnelle en restitution³ ou même une simple revendication du droit de rétention⁴. Plutôt que de s'enfermer dans un raisonnement reposant sur le caractère spécial des

¹ N. Thomassin, th. précitée, n° 216, p. 373.

² W. Dross, « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *Dr. et Patr.* fév. 2011.

³ *Ibid.* Le droit OHADA a choisi cette voie, l'art. 77, al. 1 de l'AUS disposant qu'« à défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien » (c'est nous qui soulignons).

⁴ C. Goyet, th. précitée, n° 384, p. 207 ; pour la revendication attachée au privilège du vendeur de meubles, v. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. III, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e édition par Ph. Jestaz, 1987, n° 445, p. 275.

dispositions du Livre VI du Code de commerce et de considérer que l'action en revendication de ce droit n'a aucun rapport avec l'action en revendication du droit commun, il semble judicieux de suivre Mme Laroche lorsqu'elle affirme que l'action en revendication du droit des procédures collectives est le produit d'un compromis entre cette matière et le droit des biens¹. Le droit des biens accepte que l'action en revendication soit soumise à un certain nombre de conditions² pour fonctionner dans la logique du droit des procédures collectives : il est de l'intérêt de tous que la consistance de l'actif du débiteur soit connue au plus vite. Le droit des procédures collectives, lui, accepte l'existence d'une action en contradiction directe avec ses finalités : si le propriétaire peut récupérer son bien alors que les actions de tous les créanciers sont paralysées, le redressement de l'entreprise et la conservation de l'emploi en sont moins aisés³. Il est donc tout à fait possible de voir dans l'action en revendication ouverte par le droit des procédures collectives une action en défense de l'exclusivisme du droit du propriétaire obéissant à des conditions spéciales. Cette action est un « cadeau » offert par le droit des procédures collectives au vendeur sous réserve de propriété, qui lui permet de mettre en œuvre les garanties tirées du contrat de vente⁴.

En effet, par l'action en revendication, le vendeur récupère la possession des biens vendus, ce qui le place dans la même situation que le vendeur impayé dont l'acheteur est *in bonis*. Par la suite, en différant l'exécution de son obligation de délivrance jusqu'au complet paiement du prix, il fait jouer l'exception d'inexécution. Au degré supérieur, lorsque plusieurs échéances ont été laissées impayées par l'acheteur et que le vendeur estime que la vente ne pourra plus être exécutée, il peut recourir à l'action en résolution. Ainsi, « *la clause de réserve de propriété paraît devoir s'exercer par une revendication [...] afin de conférer au vendeur à terme les mêmes garanties qu'au vendeur au comptant* »⁵. Il faut toutefois signaler que

¹ M. Laroche, th. précitée, v. surtout le Titre I, p. 19 et s., ainsi que « Le juge-commissaire et les revendications et restitutions », *RPC* nov.-déc. 2019, dossier 42, n° 22 : « Dans la procédure collective, la revendication permet au propriétaire de protéger son bien en l'extrayant du concours, tout en s'assurant que le débiteur et ses créanciers ne seront privés que des biens dont la propriété est suffisamment avérée pour qu'elle puisse être reconnue soit d'un commun accord soit par un juge ».

² Et en premier lieu l'existence d'un délai de revendication, v. M. Laroche, th. précitée, n° 53, p. 38 : « l'instauration du délai de revendication [...] est porteuse de dérogations à la nature même de l'action en revendication [...] En droit des procédures collectives, l'action intervient en l'absence de conflit direct sur le bien et ne peut intervenir que dans le délai imparti à peine de déchéance. Le droit des procédures collectives adapte ainsi manifestement l'action en revendication à sa propre logique ».

³ *Ibid.*, n° 85 et s., p. 56 et s.

⁴ Comp. avec les effets de la revendication liée au privilège du vendeur, L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, T. 2, Sirey, 3^e éd., 1930, n° 1597, p. 767 : « Le vendeur se trouve placé dans la situation où il se trouvait antérieurement à la livraison, sur laquelle il revient en quelque sorte et dont il se repent ; en ce sens, le droit de revendication apparaît à la fois comme tendant à la récupération du droit de rétention et comme destiné à assurer l'efficacité du privilège en entravant la faculté de disposition de l'acheteur ».

⁵ C. Goyet, th. précitée, n° 384, p. 207.

l'analyse qui suit n'est pas de droit positif et a seulement pour objectif de montrer comment la réserve de propriété pourrait fonctionner si l'on décidait d'abandonner sa qualification de sûreté réelle. Si ce mécanisme permet seulement au vendeur de tirer parti des garanties inhérentes au contrat de vente, elle ne lui confère pas un droit d'agir supplémentaire dont la mise en œuvre aboutit à sa satisfaction, élément essentiel à la qualification de sûreté¹ (B).

A) *La modification de la physionomie de la vente par la réserve de propriété*

128. La notion d'essentialia chez Pothier. Pothier distinguait trois éléments dans le contrat². Il existe d'abord des choses de l'essence du contrat, ou *essentialia*, sans lesquelles « *ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* ». On trouve ensuite des choses qui sont de la nature du contrat, ou *naturalia*, qui, « *sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues* ». Enfin, le jurisconsulte mentionne les choses qui sont accidentelles au contrat, ou *accidentalia*, qui, « *n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat* ». C'est dire que le contrat se compose d'éléments fondamentaux, d'éléments supplétifs de volonté et d'éléments que les parties peuvent librement ajouter, la volonté des parties ne pouvant modifier que ces deux derniers éléments. Elle est au contraire forcée de respecter les *essentialia*, sous peine de conclure un contrat nul ou dont la qualification véritable ne correspondrait pas au contenu de l'accord de volontés. La notion d'*essentialia* au sens de Pothier permet donc de poser des limites à la liberté contractuelle des parties³. Elles ne peuvent aménager leur accord que dans les limites tracées par les éléments essentiels du contrat. Il faut noter par ailleurs que Pothier traite des « choses essentielles » en général, et non seulement des « obligations » essentielles. Les

¹ V. P. Crocq, th. précitée, n° 277, p. 229 : « *La mise en évidence de la nécessité du respect de la notion d'accessoire au sens strict aboutit à l'exclusion générale [de la qualification de sûreté] des sanctions propres aux contrats synallagmatiques (exception d'inexécution et action en résolution) bien qu'elles permettent au créancier d'échapper au concours des autres créanciers de son débiteur et lui confèrent ainsi une situation privilégiée. Ces garanties ne s'ajoutent pas au contrat mais, bien au contraire procèdent de celui-ci et plus précisément de sa nature synallagmatique* ».

² R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2011, n° 5 et s., p. 6 et s.

³ Rapp. N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, préf. E. Loquin, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008, spé. n° 17, pp. 37-38.

éléments essentiels du contrat ne se résument effectivement pas à des obligations, on peut également y placer certains éléments constitutifs ainsi que certains effets du contrat. Se pose alors une question, impossible à éluder dans le cadre de notre étude : quels sont les éléments essentiels du contrat de vente ?

129. Les éléments de l'essence du contrat de vente. On peut définir la vente comme « le contrat par lequel la propriété d'une chose est transférée à un acquéreur, en contrepartie d'une somme d'argent »¹. C'est dire que ce contrat comporte trois éléments essentiels : une chose, un prix et un transfert de propriété de la chose en contrepartie du paiement du prix². Aucun de ces éléments n'est problématique dans la vente avec réserve de propriété. Les parties qui concluent un tel accord ont bien en vue le transfert de propriété d'un ou plusieurs biens en contrepartie du paiement échelonné du prix. Les difficultés interviennent en réalité au sujet du moment du transfert de propriété : alors que dans les ventes classiques, il intervient dès l'accord des volontés³, il est reporté à l'époque du paiement intégral par l'acquéreur dans la vente avec réserve de propriété.

130. Ce report constitue le support de la critique principale adressée par ceux qui refusent de voir une vente dans un contrat conclu avec réserve de propriété⁴. Pothier lui-même considérerait la vente avec réserve de propriété plutôt comme un contrat de bail que comme une vente⁵. Pour ces auteurs, il est donc de l'essence de la vente d'être immédiatement translatif de propriété. Cependant, le transfert de propriété *solo consensu* connaît de nombreuses exceptions⁶ : le transfert de choses futures ne peut se faire qu'après l'achèvement de la chose, celui des choses de genre après leur individualisation et la volonté des parties peut

¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2018, n° 59, p. 53.

² *Ibid.*, n° 68 et s., p. 59 et s.

³ Art. 1583 C. civ.

⁴ N. Thomassin, th. précitée, n° 216, p. 373 : « Dans une vente avec réserve de propriété, le transfert de propriété n'est plus causé par la naissance d'une obligation de payer le prix : juridiquement, il est causé par la perception d'une somme d'argent à titre de prix, ce qui est très différent [...] La vente sous réserve de propriété n'est pas une vente « typique » ».

⁵ R.-J. Pothier, *op. cit.*, n° 6, p. 7 : « étant de l'essence du contrat de vente, non pas, à la vérité, que le vendeur s'oblige précisément à transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, dans le cas auquel il n'en seroit pas propriétaire ; mais au moins qu'il ne la retienne pas s'il en est le propriétaire ; si nous sommes convenus que je vous vends un certain héritage pour une certaine somme et pour une certaine rente que vous vous obligez de me payer, duquel héritage je m'oblige de vous faire jouir, à la charge néanmoins que la propriété de l'héritage demeurera par devers moi ; cette convention ne renferme pas à la vérité un contrat de vente, étant contre l'essence de ce contrat que le vendeur retienne la propriété ; mais il renferme un contrat de bail » (c'est nous qui soulignons).

⁶ V., entre autres, A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 136 et s., p. 116 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 252, p. 182 et s. ; F. Pérochon, th. précitée, n° 9 et s., p. 9 et s.

retarder sa réalisation. Il a en effet été reconnu que la règle posée par l'article 1583 du Code civil est seulement supplétive de volonté¹. La requalification de la vente avec réserve de propriété n'a alors plus lieu d'être : si la volonté des parties a le pouvoir de modifier le moment du transfert de propriété, c'est que le transfert *solo consensu* n'est pas de l'essence du contrat. Simple règle supplétive, l'article 1583 révèle la nature du transfert de propriété concomitant à l'échange des consentements : il est de la nature du contrat et non de son essence².

131. Le décalage de la date du transfert de propriété, seul effet volontaire de la clause de réserve de propriété. Ainsi, un contrat transférant la propriété d'une chose contre le paiement d'un prix mérite toujours la qualification de contrat de vente, quel que soit le moment choisi par les parties pour procéder à ce transfert. La seule limite imposée aux parties en ce domaine est constituée par la nécessité de la réalisation d'un véritable transfert de propriété au cours de la vie du contrat, sans quoi il faudra le requalifier. La vente avec réserve de propriété est donc bien une vente et le seul effet produit par cette clause suivant la volonté des parties est l'institution d'une « *relation suspensive* »³ entre le transfert de propriété et le paiement du prix. La perfection du contrat de vente n'est en pas altérée pour autant.

132. La Chambre commerciale de la Cour de cassation l'a affirmé de manière très nette dans une affaire concernant la validité d'une vente de machines à sous stipulée avec clause de réserve de propriété. L'article 68-7 de l'arrêté du 14 mai 2007 relatif à la réglementation des jeux dans les casinos n'autorise que les ventes fermes et définitives de ce genre de marchandise, « *à l'exclusion de toute autre forme de cession* ». Le liquidateur demandait donc au juge de prononcer l'annulation de la clause, au motif qu'une telle vente ne serait définitive qu'au jour du paiement intégral du prix. La Cour de cassation a rejeté cet argument et validé la vente en

¹ V., par ex., F. Pérochon, th. précitée, n° 11, p. 11 : « *assez puissante pour transférer immédiatement la propriété, la volonté doit l'être aussi pour décider que le transfert interviendra à un autre moment. Le principe de l'effet translatif immédiat du contrat ne peut donc logiquement être impératif* » et n. 56, citant Y. Loussouarn, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cours D.E.S. 1969-1970, p. 100 : « *C'est la conséquence du principe affirmé par Portalis lui-même, et selon lequel l'effet « réel » du contrat est fondé sur la volonté des parties* ».

² En ce sens, N. Cardoso-Roulot, th. précitée, n° 115, p. 126 et F. Pérochon, th. précitée, n° 11, p. 11, les deux auteurs attribuant la paternité de cette distinction à C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, T. V, Libraires techniques, 6^e éd. par Esmein, 1952, n° 349. V., déjà, C. Beudant, *Cours de droit civil français, Cours de droit civil français*, T. XI, *La vente – Le louage des choses*, Rousseau et C^{ie}, 2^e éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de J. Brèthe de la Gressaye, Paris, 1938, n° 19, p. 14 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil – De la vente et de l'échange*, L. Larose et L. Tenin, 3^e éd., Paris, 1908, n° 11 et s., p. 8 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, T. XXIV, Bruylant, 3^e éd., 1878, n° 4, p. 9.

³ L'expression vient directement de la thèse de F. Pérochon, n° 49, p. 52.

affirmant que « *la clause de réserve de propriété était une sûreté suspendant l'effet translatif de propriété du contrat de vente jusqu'à complet paiement du prix et qu'une telle suspension ne remettait pas en cause le caractère ferme et définitif de la vente intervenue dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix* »¹. La clause permet seulement de retarder le transfert de propriété au paiement intégral du prix². Il s'agit là du seul effet voulu par les parties afin de procurer une garantie au vendeur. Cependant, par un effet « boule de neige », le fait que le vendeur demeure propriétaire malgré la conclusion de la vente entraîne des effets qui modifient sa physionomie classique sans pour autant remettre en cause sa qualification. Deux questions seront évoquées ici : le transfert des risques et la garantie d'éviction du vendeur.

133. Clause de réserve de propriété et transfert des risques. Il est en effet essentiel de déterminer l'identité de celui sur les épaules duquel pèsent les conséquences de la disparition de la chose par cas fortuit : c'est la question des risques du contrat. En temps normal, la charge des risques pèse sur le débiteur. Dans les contrats translatifs, au contraire, la règle nous vient directement de l'adage *res perit domino* : la chose périt aux risques du propriétaire³. Si ce principe bénéficie au vendeur dans une vente classique, car les risques sont reportés sur l'acheteur dès l'échange de consentements⁴, elle fonctionne à son détriment en cas de vente conclue avec réserve de propriété. Qu'on en juge : si le vendeur-propriétaire remet les choses vendues à l'acquéreur et qu'elles disparaissent en étant entre ses mains, c'est le vendeur qui souffre de cette perte. Ce sont les faits à l'origine de l'arrêt *Mécarex*⁵, qui portait sur une installation de nickelage vendue sous réserve de propriété par la société Mécarex et détruite juste avant son achèvement par incendie. Faute de clause de transfert des risques dès la conclusion du contrat, le vendeur a été obligé de restituer les acomptes à l'acquéreur. Pour éviter de se faire « piéger », il est devenu habituel d'ajouter à la vente avec réserve de propriété une clause de transfert anticipé des risques⁶. Mais là encore, c'est un élément de la nature du contrat

¹ Com., 17 octobre 2018, n° 17-14986 ; *RDC* janv. 2019, p. 131 et s., obs. F. Danos ; *AJ Contrat* 2018. 524, obs. Ph. Delebecque.

² V. not. le premier alinéa de l'art. 2367 C. civ. : « *la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ». V. également l'art. 1196, al. 2 C. civ.

³ Art. 1196, al. 3 C. civ.

⁴ Encore que, bien souvent, une clause reporte le transfert des risques à la livraison de la chose, afin que la mainmise matérielle sur la chose constitue le critère de la titularité des risques. V. not. R. Bonhomme, « La dissociation des risques et de la propriété », in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 69 et s.

⁵ Com., 20 novembre 1979, *Bull. civ.* IV, n° 300 (n° 77-15978) ; *RTD Com.* 1980. 43, obs. D. von Breitenstein.

⁶ En revanche, l'idée de M. von Breitenstein consistant à appliquer par principe la règle *res perit debitori* à la vente avec réserve de propriété n'a pas été retenue.

de vente qui est modifié par les parties, et non un élément de son essence. La modification de la règle du transfert des risques n'a aucune conséquence sur la qualification de vente. Il en va de même en ce qui concerne la modification de la portée de la garantie d'éviction due par le vendeur.

134. Clause de réserve de propriété et obligation de garantie. Aux termes de l'article 1603 du Code civil, les deux obligations principales du vendeur sont la délivrance et la garantie de la chose vendue. L'obligation de garantie se subdivise en deux branches : le vendeur est tenu d'assurer à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue, c'est la garantie d'éviction. Le vendeur est également tenu de garantir l'acheteur contre les défauts de la chose. C'est la portée de la première garantie qui fonde la critique de la qualification de vente par M. Thomassin : alors qu'elle est d'ordre public lorsqu'elle concerne le fait personnel du vendeur¹, comment concevoir que la clause de réserve de propriété lui permette d'évincer son acquéreur en retenant la propriété de la chose vendue ?² L'on pourrait alors répondre par une nouvelle question : qu'est-ce véritablement que la garantie d'éviction ? Expression de l'adage « *donner et retenir ne vaut* », elle implique seulement que « *le vendeur ne saurait reprendre, par une voie détournée, le profit de ce qu'il a vendu à l'acquéreur* »³. Or, le vendeur ne transmet pas la propriété à son cocontractant car il se la réserve, il lui transmet un droit réel à contenu variable⁴ qui permet à l'acquéreur d'user de la chose et parfois même d'en disposer. C'est ce droit réel que le vendeur ne doit pas contester à l'acquéreur et non le droit de propriété qu'il a conservé. Le vendeur doit donc s'abstenir de toute action entravant l'exercice des droits transmis, mais le fait qu'il retienne la propriété de son bien ne lèse pas son cocontractant. Et, en tout état de cause, le vendeur ne s'engage à faire jouir paisiblement l'acheteur que s'il paye régulièrement chaque échéance de prix convenue entre les parties. La garantie d'éviction du vendeur existe toujours, son objet a simplement été modifié.

¹ Art. 1628 C. civ.

² N. Thomassin, th. précitée, n° 143, p. 266.

³ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 219, p. 168.

⁴ A l'image du droit appartenant au créancier fiduciaire, v., *supra*, n° 79. Rapp. également Ph. Malaurie, « Rapport de synthèse », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *Cah. dr. ent.*, 1995/5, p. 49 : « A mon sens, cet acheteur a une quasi-propriété. D'autres ont employé des expressions, également un peu flottantes, de propriété « utile » ou de propriété en « expectative ». Ceux qui connaissent bien la question, ce sont les Allemands. Malgré la compréhension qu'ils ont des droits réels – comme nous ils pensent que la liste des droits réels est une liste limitative – ils n'ont pas hésité à dire que l'acheteur est titulaire d'un droit réel. Un droit réel en dynamisme, puisque au fur et à mesure que le prix est payé, il s'approche de la plénitude de la propriété ».

135. Le simple ajout d'une clause de réserve de propriété au contrat de vente ne modifie donc pas sa qualification¹, seuls des éléments qui sont de la nature de ce contrat étant modifiés. L'extraordinaire caractère plastique de la vente affirmé par Catala au siècle dernier est une fois de plus confirmé². L'insertion d'une clause de réserve de propriété afin de ménager au vendeur une garantie ne produit donc qu'un seul effet principal : créer un lien de subordination entre le transfert de propriété et le paiement du prix, ce qui peut s'expliquer sans recourir au serpent de mer que constituent les modalités affectant l'obligation de donner.

136. Modalité de l'obligation et existence de l'obligation de donner. Les premiers commentateurs de la loi Dubanchet et des arrêts rendus peu de temps après son entrée en vigueur ont longuement disserté sur deux questions fortement liées. La première était de savoir si la réserve de propriété devait être qualifiée de condition ou bien de terme. La seconde, si elle devait se comprendre par le prisme de l'obligation de donner. A notre sens, la discussion de ces deux points ne permet pas de progresser dans la connaissance de la nature et du fonctionnement de la réserve de propriété³.

¹ Dans le même sens, C. Goyet, th. précitée, n. 27, p. 204 : « la clause de réserve de propriété [...] ne saurait modifier la qualification du contrat qui la contient [...] elle ne saurait disqualifier l'acte aux effets normaux duquel elle se contente de déroger. Toute qualification étrangère à la vente doit être rejetée » ; C. Ophèle-Rossetto, « Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens », *RTD Com.* 1995. 87, spé. p. 102, pour laquelle la clause de réserve de propriété est « l'accessoire d'une convention dont l'objectif principal est et demeure le transfert de propriété. La réserve de propriété aménagée par le vendeur ne l'est qu'à titre de garantie, afin de consolider son droit de créance. Elle vient se greffer sur la vente, sans la dénaturer, et sans remettre en cause son but final et nécessaire : le transfert de propriété. Ainsi, l'acquéreur recevant le bien l'accepte en premier lieu au titre de la vente, et accessoirement grevé de la clause. Celle-ci ne jouera qu'en cas de pathologie du contrat de vente, c'est-à-dire si le débiteur n'exécute pas son obligation principale, à savoir le paiement » ; A.-M. Toledo, *Notion de sûreté et droit du commerce international*, th. Paris I, 1997, n° 168 et s., p. 121 et s. ; H. Westendorf, th. précitée, n° 74, p. 61, qui ne voit dans la réserve de propriété qu'un « simple aménagement du contrat de vente » ; C. Witz, th. précitée, n° 154, p. 142, qui la qualifie de « modalité du contrat de vente » et « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », in *Vestigia Iuris – Festschrift für Günther Jahr*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1993, p. 545.

² V. la préface de P. Catala à la thèse de M. Alter, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CXXII, 1972, p. I : « Véhicule essentiel de l'économie, la vente offre-t-elle au juriste autre chose que l'épuration du contrat idéal ? Son schéma n'est-il pas intemporel et universel depuis que les richesses circulent par le truchement de la monnaie ? Que viennent à changer les techniques de crédit, du transport ou de l'assurance : ce sont des mécanismes satellites. Leur progrès ne paraît pas devoir affecter le noyau contractuel de base, toujours inéluctablement formé d'un accord de volontés sur la chose et le prix, en vue de leur transfert juridique » (c'est nous qui soulignons).

³ Dans le même sens, Ph. Malaurie, « Rapport de synthèse », art. précité, p. 50 : « je n'ai pas réussi à suivre [M. X.] quand il a voulu nous embarquer dans la discussion sur l'obligation de donner. Cela ne sert à rien, ce n'est pas la peine. Les débats sur une nature juridique sont des débats utiles quand il y a un intérêt concret en cause. Là je n'en vois aucun. J'en dirai de même au cher [M. Y.] Il reprend une discussion qui est pour moi sempiternelle et par conséquent, oiseuse, sur la question de savoir si l'acheteur est propriétaire sous condition suspensive ou s'il est propriétaire à terme. Cela ne m'intéresse pas, cela n'est pas intéressant. Pourquoi donc vouloir compliquer ce qui est simple ? Le droit romain et le droit allemand ont donné la réponse simple : une dissociation entre l'effet obligatoire du contrat et le transfert de propriété », ou encore S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites – Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007, n° 81 et s., p. 72 et s.

137. Les auteurs se sont assez rapidement mis d'accord pour affirmer que la clause de réserve de propriété a un effet suspensif et non résolutoire du transfert de propriété¹. Mais le débat a ensuite rebondi sur la nature de la modalité suspensive : la clause de réserve de propriété est-elle un terme² ou une condition³ ? Outre la difficulté maintes fois relevée de faire porter une modalité sur un élément essentiel du contrat, la discussion devrait tourner court en raison de l'absence d'intérêt pratique de cette question⁴. Les auteurs qui débattaient sur ce point estimaient que le seul intérêt de la distinction était de pouvoir déterminer la date à laquelle l'acheteur devenait propriétaire⁵. Si la réserve de propriété devait être analysée en une condition, sa rétroactivité permettait à l'acheteur de devenir propriétaire à la date de la conclusion du contrat de vente. En revanche, s'il s'agissait d'un terme, l'acheteur ne pouvait devenir propriétaire qu'après le paiement intégral du prix. L'intérêt pratique de la distinction, déjà limité dans les années 1980, a encore diminué aujourd'hui avec la réforme du droit des obligations : le nouvel article 1304-6 du Code civil dispose en effet que la condition suspensive est en principe non-rétroactive, sauf manifestation de volonté des parties⁶.

138. De même, la question de l'existence ou non de l'obligation de donner est privée de tout intérêt pratique. Elle est liée à la question précédente car la réserve de propriété, si elle est une modalité d'une obligation, affecte nécessairement l'obligation de donner⁷. Il serait vain de traiter ce sujet ici alors qu'il a été développé à de nombreuses reprises et de façon très complète⁸.

¹ V., entre autres, J. Ghestin, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », art. précité, qui insiste sur l'apport de l'arrêt *Mécarex* sur ce point ; F. Pérochon, th. précitée, n° 28 et s., p. 34 et s.

² En faveur de la qualification de terme, v. not. les auteurs cités à la note précédente.

³ En faveur de la qualification de condition, v. F. Derrida, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980. chron. XLI, p. 293 et s., qui fonde son analyse sur une étude des travaux préparatoires de la loi du 12 mai 1980, ou encore A. Ghozi, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », art. précité.

⁴ En un sens similaire, D. R. Martin, « La propriété, de haut en bas », art. précité, n° 19 : « *On se souvient notamment de l'imbroglia doctrinal suscité par le pseudo caractère conditionnel - suspensif ou résolutoire - de la réserve de propriété, avant de comprendre que, s'agissant d'une garantie réelle, elle n'entretient aucun rapport de nature avec un lien d'obligation ni a fortiori avec l'une de ses modalités* ». Comp., estimant que l'on ne peut faire l'économie de ce débat que tant que le droit français limite sa reconnaissance de la réserve de propriété à sa variété « simple », et non aux clauses « prolongées » et « élargies », C. Witz, « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », art. précité, p. 547.

⁵ V. J. Ghestin, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », art. précité, ou encore B. Vérignon, « Une conséquence inattendue de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : La clause de réserve de propriété est-elle devenue une sûreté applicable aux ventes de fonds de commerce ? », *JCP N* 1995, p. 1037 et s., n° 14.

⁶ Art. 1304-6, al. 1 et 2 C. civ. : « *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition* ».

⁷ C. Goyet, th. précitée, n° 376, p. 203 : « *Toute explication de la clause de réserve de propriété qui propose de considérer que le transfert de propriété est ici affecté d'un terme ou d'une condition postule ainsi nécessairement que ce transfert est une obligation du vendeur réservataire de la propriété* ».

⁸ Pour une bibliographie étoffée des articles récents sur le sujet, J. Dubarry, th. précitée, n. 1 à 3, p. 25.

On dira simplement qu'à notre sens, se focaliser sur l'obligation de donner afin d'expliquer la réserve de propriété est une erreur : la réserve de propriété ne se contente pas de modifier les effets d'une obligation issue de la vente, elle modifie profondément son architecture classique en instaurant une relation suspensive entre ses deux éléments essentiels, le transfert de propriété et le paiement du prix, sans pour autant changer sa qualification¹. La vente avec réserve de propriété étant ferme et définitive dès sa conclusion, un raisonnement fondé sur les modalités de l'obligation ne correspondrait pas à l'état du droit positif².

139. L'instauration d'une relation suspensive entre le transfert de propriété et le paiement du prix. Le seul but recherché par les parties réside dans la création d'un lien entre le transfert de propriété et le paiement du prix. Par l'ajout d'une clause de réserve de propriété à leur accord, elles ont seulement cherché à subordonner celui-là à celui-ci. Que l'on veuille l'appeler « relation suspensive », « lien chronologique » ou « lien de subordination », l'effet principal de la clause de réserve de propriété est la création d'un lien entre les deux éléments essentiels de la vente³. C'est de cela que découlent tous les effets secondaires de la réserve de propriété⁴. Son objet est seulement de modifier l'ordre classique d'exécution de la vente⁵ : alors

¹ En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, n° 24, p. 746 : « pour fonder le retardement du transfert de propriété, il faut torturer le mécanisme des modalités. Aussi paraît-il préférable de renoncer à s'appuyer sur ces notions qui demeurent, à elles seules, insuffisamment explicatives. La réserve de propriété, comme la condition, subordonne la vie du contrat à la survenance d'un événement ultérieur, mais comme le terme permet d'organiser une période d'attente. Elle ne peut être considérée simplement comme une modalité car c'est la structure même du contrat qui est affectée par la réserve de propriété » (c'est nous qui soulignons).

² Ph. Delebecque, obs. précitées sous Com., 17 décembre 2018, spé. n° 15 : « la Cour de cassation se garde de réveiller l'obligation de donner qui se trouverait ainsi suspendue au paiement du prix, alors que ce type d'obligation est censé avoir disparu du droit des obligations. L'arrêt n'évoque pas le thème et, à la réflexion, il n'était pas nécessaire de le faire. La Cour de cassation, en parlant de sûreté « suspendant l'effet translatif de propriété », dit simplement que la réserve de propriété suspend le seul transfert de cette propriété. Le mécanisme est bien suspensif, et établit ainsi un lien substantiel entre le transfert de propriété et le paiement. La vente avec réserve de propriété est ainsi une opération étalée dans le temps où le transfert de propriété est suspendu à l'obligation de payer ».

³ Rapp., déjà, J. Ghestin, « La clause de réserve de propriété – Rapport de droit civil », in W. Garcin et J. Thieffry (dir.), *La clause de réserve de propriété*, colloque du Centre de droit de l'entreprise de Montpellier, Librairies Techniques, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1981, n° 27, p. 54 : « La clause de réserve de propriété n'a d'autre fonction que de lier étroitement le transfert de propriété au paiement intégral du prix, de le subordonner, selon la formule même de la loi du 12 mai 1980, à ce paiement » ; T. M. Margellos, *La protection du vendeur mobilier à crédit d'objets corporels à travers la clause de réserve de propriété – Etude de droit comparé*, préf. J.-M. Bischoff, LGDJ, 1989, n° 34, p. 43.

⁴ Pour la question du transfert des risques et de la modification de la teneur de la garantie d'éviction, v. *supra*, n° 134. Pour la possibilité d'invoquer les garanties du vendeur impayé lorsque son cocontractant est *in bonis*, v. *infra*, n° 141.

⁵ V. L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 248, p. 211 : « l'article 1583 du code civil prévoit que le transfert de propriété est préalable et indépendant du paiement. Cependant, les parties sont libres de modifier l'ordre d'exécution des obligations puisque l'article 1583 n'est pas d'ordre public. La clause de réserve de propriété apparaît alors comme la précision de l'ordre chronologique des effets du contrat, et la soumission au principe d'exécution trait pour trait du transfert de propriété et du paiement du prix » ; dans le même sens, mais estimant que le transfert de propriété constitue une obligation du vendeur, C. Goyet, th. précitée, n° 379, p. 205 : « la clause de réserve de propriété « ne fait qu'assigner un certain ordre à l'exécution des prestations ». Cette succession est telle que le paiement précède, ne fut-ce qu'un instant de raison, le transfert ».

que, dans une vente ordinaire, le transfert de propriété se produit dès l'échange des consentements, avant même que le prix ne soit payé¹, l'acheteur avec réserve de propriété doit nécessairement s'acquitter de son obligation avant de pouvoir bénéficier de l'effet translatif de la vente². Il semblerait donc qu'il faille analyser la vente sous réserve de propriété d'après les conceptions du droit allemand, qui distingue effet obligatoire et effet translatif de la vente³ : la conclusion du contrat fait naître une obligation de délivrance à la charge du vendeur et une obligation de payer le prix selon l'échéancier prévu entre les parties à la charge de l'acheteur, l'effet translatif ne se produisant qu'au jour du dernier paiement effectué par l'acheteur. Toutefois, l'absence de transfert de propriété immédiat ne l'empêche pas pour autant de pouvoir user du bien dans les limites fixées à son droit réel par le contrat de vente.

140. Il a été proposé d'expliquer les effets de la clause de réserve de propriété par la notion de connexité⁴ : certains auteurs estiment que le vendeur serait autorisé à différer l'exécution de son obligation de transférer la propriété du bien vendu au jour du paiement intégral du prix⁵, d'autres que la clause exploiterait la connexité entre l'obligation de payer le prix et l'effet légal du contrat de vente afin de subordonner la réalisation du second à l'exécution de la première⁶. La connexité joue effectivement un rôle très important en matière de réserve de propriété, mais nous pensons que c'est sauter une étape que d'y faire référence si tôt. En effet, à notre sens, l'exercice de l'action en revendication s'analyse comme un préalable nécessaire à la mise en oeuvre des garanties que le vendeur tient du contrat de vente en raison de la connexité des obligations nées de ce contrat. C'est que la qualité de propriétaire est elle-

¹ Art. 1583 C. civ.

² Comp. D. R. Martin, « Grâce ! pour la réserve de propriété », art. précité, n° 3, p. 230 : « *En vérité, si terme il y a en l'affaire, il ne s'agit pas de celui d'une vente à terme, c'est-à-dire d'un terme suspensif du transfert de propriété, mais d'une vente ferme avec terme extinctif – au paiement – de la phase de défense et de protection des intérêts du vendeur attachée à la réserve de propriété* ».

³ En ce sens, D. D. Boccara, art. précité, n° 10 et 11 ; M. Pédamon, « La réserve de propriété en droit allemand et en droit français », art. précité, p. 62 : la vente avec réserve de propriété « *subordonne l'effet translatif au respect des échéances. Le mécanisme aboutit à désarticuler la vente, à la décomposer en un contrat qui engendre des obligations et un transfert de propriété qui s'opère ultérieurement en fonction du comportement de l'acquéreur [...] N'est-ce pas une manière de rétablir implicitement, conventionnellement, la dissociation traditionnelle entre l'acte obligatoire et l'opération translatif de propriété (et la sûreté que certains découvrent dans la stipulation d'une clause de réserve de propriété pourrait consister dans cette dissociation entre l'aspect obligatoire et l'aspect réel de la vente)* ».

⁴ Pour une définition de la notion de connexité, v. *infra*, n° 145.

⁵ C. Goyet, th. précitée, n° 378, p. 204 : « *Il est inutile de rechercher ailleurs que dans la connexité des obligations réciproques le mécanisme qui permet au vendeur de différer l'exécution de ses obligations jusqu'au paiement intégral* ».

⁶ L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 248, pp. 211-212 : « *Il est à notre avis plus pertinent de se demander si la réserve de propriété ne résulte pas de la seule connexité liant l'obligation de payer le prix et l'obligation de transférer la propriété – ou l'effet translatif de la vente –, connexité qui justifierait la suspension du transfert jusqu'au paiement du prix [...] la connexité qui existe indubitablement entre le transfert de propriété et l'obligation de payer le prix doit permettre de lier le premier à l'exécution de la seconde* ».

même indispensable au vendeur pour bénéficier de ces garanties en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de son acheteur.

141. La qualité de propriétaire, préalable nécessaire à la conservation des garanties du vendeur. Lorsque son acheteur est *in bonis*, le vendeur impayé bénéficie classiquement de quatre garanties : l'exception d'inexécution qui lui permet de retarder la délivrance de la chose tant que le prix n'a pas été payé¹ ; l'action en résolution de la vente² ; le privilège du vendeur impayé et l'action en revendication liée à ce privilège³. En cas de procédure collective, hormis la faculté prévue par l'article 1612 du Code civil⁴, toutes ces garanties sont paralysées⁵. Si ces solutions sont aujourd'hui marginales, la clause de réserve de propriété étant une clause de style, il n'en allait pas de même avant l'entrée en vigueur de la loi Dubanchet. Les vendeurs à crédit ne pouvaient récupérer leurs garanties perdues en stipulant une clause de réserve de propriété. En effet, la jurisprudence avait décidé, sur le fondement du principe de solvabilité apparente, que cette clause devait être déclarée inopposable à la masse des créanciers⁶. Il a déjà été amplement démontré que ce fondement n'était pas satisfaisant et que l'inopposabilité de la réserve de propriété reposait en réalité sur le principe de l'égalité des créanciers⁷. Il était en effet inacceptable, pour les juges de l'époque, que les vendeurs à crédit puissent échapper à la discipline collective en se présentant comme des propriétaires : il s'agissait là d'une fraude à la loi⁸.

142. Cependant, le sacrifice des vendeurs à crédit sur l'autel des intérêts du Trésor et de la Sécurité Sociale révoltait les praticiens⁹ et n'était pas économiquement utile. Le législateur a

¹ Art. 1612 C. civ.

² Art. 1654 C. civ.

³ Art. 2332-4° C. civ.

⁴ Faculté qui ne concerne pas le vendeur de meubles à crédit, l'article prévoyant que seul le vendeur qui n'a pas consenti de délai de paiement à l'acheteur peut retenir ses biens.

⁵ Art. L. 624-11 C. com., qui réserve la possibilité de revendiquer des biens vendus sous réserve de propriété.

⁶ Civ., 28 mars et 22 octobre 1934 ; S. 1935. 1. 337, n. P. Esmein ; DP. 1934. 1. 151, n. J. Vandamme.

⁷ V., entre autres, J. Bastin, « Les conséquences économiques de la réserve de propriété », in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Travaux de la quatrième Journée d'études Jean Dabin, 17 mai 1968, Bruylant, 1969, p. 351 ; P. Crocq, th. précitée, n° 445 et s., p. 396 et s. ; J. Vandamme, n. précitée ; C. Witz, th. précitée, n° 259 et s., p. 254 et s.

⁸ A ce propos, M. Vasseur, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, préf. J. Hamel, Rousseau, 1949, n° 38, p. 113 : les clauses de réserve de propriété « tendent à maintenir au profit du vendeur non payé les garanties du droit commun, supprimées en application de la loi de l'égalité. Il serait vain de les exclure si, par des moyens détournés, on pouvait parvenir à les rétablir ».

⁹ V., critiquant l'égalité des créanciers qui permettait aux privilégiés d'obtenir le paiement de leurs créances tout en bradant les biens des vendeurs impayés et qualifiant cette situation de scandale, W. Garcin et J. Thieffry, « La clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt ? », *Gaz. Pal.* 24 avril 1980, doct., p. 197.

donc entrepris de renforcer les droits des vendeurs, secteur économique par secteur économique¹, avant de se décider à rendre opposable la clause de réserve de propriété à la procédure collective de l'acheteur afin de revaloriser les droits des vendeurs à crédit en général. Depuis l'adoption de la loi Dubanchet, les vendeurs suffisamment prévoyants disposent d'un moyen de conserver leurs droits en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de leur cocontractant. Le but de la clause de réserve de propriété est donc de rendre l'ouverture d'une procédure collective la plus neutre possible à l'égard du vendeur sous réserve de propriété impayé. Le moyen trouvé par le législateur consiste à légaliser ce qui était autrefois une fraude à la loi : les vendeurs sous réserve de propriété impayés sont des propriétaires et, comme le disait Vasseur, « *propriétaires et créanciers ne sont pas en concurrence* »². Il est donc nécessaire que les vendeurs soient vus comme des propriétaires, car cela leur permet d'échapper à la condition de simples créanciers soumis à l'intégralité de la discipline collective imposée par le droit des procédures collectives. Il ne s'agit pas toutefois de prôner une immunité totale des vendeurs réservataires aux règles du Livre VI du Code de commerce : les clauses de réserve de propriété sont aussi nuisibles aux chances de redressement de l'entreprise en difficulté que les sûretés réelles, voire davantage. Mais il faut militer pour une soumission raisonnée des titulaires de droits de propriété réservée aux contraintes de la procédure collective³.

143. Clause de réserve de propriété et privilège du vendeur de meubles. La nécessité de conserver la qualité de propriétaire est encore plus évidente lorsque l'on compare la clause de réserve de propriété au privilège du vendeur de meubles impayé⁴. Qu'est-ce que la clause de réserve de propriété sinon un privilège du vendeur de meuble efficace en procédure collective ? Pour être efficaces, les deux garanties supposent que le bien existe encore en nature entre les mains du débiteur au jour de l'action du vendeur⁵. Elles permettent de revendiquer le bien grevé

¹ V., sur ce processus, P. Esmein, *S.* 1935. I. 337, n. précitée.

² M. Vasseur, th. précitée, p. 93.

³ V. *infra*, n° 652 et s., ainsi que n° 659 et s.

⁴ V. déjà P. Esmein, n. précitée, « *par le privilège la valeur de la chose est soustraite, en tout ou en partie, à l'action des autres créanciers de l'acheteur. Le résultat est le même que si la chose leur est soustraite* » ; Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 331, p. 391 : « *Qu'est-ce qu'une clause de réserve de propriété, sinon un privilège de vendeur dont on ne paralyse pas les effets ?* »

⁵ Art. 2332-4° C. civ. et L. 624-16 C. com., ce qui implique dans les deux cas que le bien ne soit ni détruit, ni transformé de telle manière qu'il soit impossible de le récupérer sans dommage, ni revendu à un tiers, le tout sous réserve de la possibilité pour le vendeur de reporter son droit par subrogation réelle sur la créance de vente ou l'indemnité d'assurance en cas de destruction du bien, v. G. Marty et P. Raynaud, par Ph. Jestaz, *op. cit.*, n° 439 et s., p. 272 et s.

dans des conditions similaires¹, même si la revendication attachée au privilège du vendeur n'est possible que lorsque la vente est faite au comptant. Seule l'efficacité en cas de procédure collective les différencie. C'est dire que la conservation de la qualité de propriétaire est indispensable à l'efficacité de la réserve de propriété. Elle ne peut être une sûreté réelle comme les autres, qui bénéficie à un simple créancier. Si elle n'était qu'une sûreté réelle, la différence de traitement avec le privilège du vendeur ne se justifierait plus^{2/3}. A nouveau, l'on voit que les propositions contenues dans l'avant-projet de l'Association Henri Capitant fragilisent la position du vendeur : si l'on doit tirer toutes les conséquences de la qualification de sûreté réelle de la réserve de propriété, il faudrait paralyser toutes les actions du vendeur réservataire en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'acheteur. Dans le cas contraire, l'on développe à nouveau le « *raisonnement de la chauve-souris* ». Ou bien la réserve de propriété est une sûreté, et en tant que telle inefficace lorsque le créancier en a le plus besoin. Ou bien la réserve de propriété est seulement une garantie fondée sur la propriété, et alors la différence de nature entre ce mécanisme et les sûretés justifie son efficacité supérieure en procédure collective. Mais il serait injustifiable que la réserve de propriété soit une sûreté efficace là où le privilège du vendeur est neutralisé...

144. Par conséquent, au nom de la protection des vendeurs à crédit, il nous semble qu'il faut se résoudre à voir dans la réserve de propriété une garantie qui permet au vendeur impayé

¹ Une fois de plus, le bien doit se retrouver en nature entre les mains du débiteur et l'action en revendication ne peut être exercée que sous un bref délai : huit jours pour le privilège (art. 2332-4°, al. 2 C. civ.), trois mois en cas d'ouverture d'une procédure collective pour la réserve de propriété (L. 624-9 C. com.). Le parallèle est toutefois appelé à s'estomper : l'art. 2332 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose en effet de supprimer au vendeur de meubles impayé son droit de revendication.

² En revanche, le traitement de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition est nécessairement identique à celui du privilège du vendeur : les deux étant des sûretés sans dépossession, elles doivent nécessairement être paralysées en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur.

³ Le raisonnement tenu à propos de la fiducie vaut également pour la réserve de propriété : si le privilège du vendeur de meuble était revalorisé, il ne fait aucun doute que la réserve de propriété disparaîtrait petit à petit. En effet, les vendeurs n'ont aucune envie de conserver la propriété des biens cédés. Le recours à cette garantie est seulement un pis-aller, utilisé faute de sûreté réelle efficace en cas d'ouverture d'une procédure collective. En ce sens, M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés-propriétés », art. précité, n° 3, p. 173, J. Théron, « Pour une relecture de la réserve de propriété », art. précité, n° 19, misant dans une telle hypothèse sur une désaffectation des créanciers réservataires pour la garantie qui assure aujourd'hui leur paiement : « *si demain une sûreté plus efficace était consacrée et leur permettait de récupérer le montant de leur créance, il y a fort à parier que la réserve de propriété perdrait de son succès. La propriété n'est plus pour eux qu'un argument destiné à leur permettre de revendiquer pour garantir leur créance* », ou encore D. Voinot, « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme des sûretés », *LPA* 27 mars 2008, n° 27, prévoyant que la réserve de propriété risque de subir le sort de « *toute starlette victime de son succès, c'est-à-dire celui d'être surexposée avant de tomber dans l'oubli* ». Ceci est d'autant plus vrai que l'efficacité de la réserve de propriété n'est pas à toute épreuve, v. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 851, p. 634, qui la comparent à « *un billet de loterie gratuit* ». V. également, estimant que les propriétés-sûretés en général n'ont pas donné lieu au triomphe attendu, D. Legeais, « Réserve de propriété et cession Dailly : bilan contrasté de la propriété-garantie », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Joly Editions, 2005, p. 347 et s.

de faire jouer les garanties issues du contrat de vente dont il dispose lorsque son acheteur est *in bonis*, même lorsqu'une procédure collective est ouverte à son encontre : la réserve de propriété permet au vendeur impayé de revendiquer ses biens, ce qui constitue le préalable indispensable au jeu des garanties reposant sur la connexité des obligations dans le contrat de vente.

B) La revendication, préalable nécessaire à la mise en œuvre des garanties du contrat de vente

145. Notion de connexité. Il est assez courant, dans la littérature juridique, de s'étonner du paradoxe attaché à la notion de connexité. On en parle souvent, mais sa définition serait difficile, voire impossible¹. Cette difficulté provient sans aucun doute du caractère protéiforme du lien de connexité : selon l'institution considérée, il ne se présente pas toujours sous les mêmes atours². De plus, les éléments liés par la connexité peuvent varier selon le domaine³ étudié. On peut cependant s'accorder sur une définition *a minima* : il s'agit d'un lien d'origine entre deux éléments qui permet à celui qui l'invoque de bénéficier d'une garantie⁴. Ainsi, dans notre matière, le droit de rétention repose sur la connexité entre la rétention et la créance, deux éléments « *nés l'un de l'autre (connexité matérielle), l'un pour l'autre (connexité conventionnelle) ou l'un et l'autre d'une même situation juridique (connexité juridique)* »⁵. La présence d'un lien de connexité est la condition nécessaire à l'existence d'un droit de rétention au profit du créancier.

¹ En ce sens, C. Bolze, « L'unité du lien de connexité », *RRJ* 1988/2, p. 303 et s., spé. p. 304 : « *Il en va de quelques concepts juridiques comme de certains mythes, tout le monde en parle mais rares sont ceux qui peuvent se targuer d'en avoir exactement saisi le sens et mesuré la portée ; la connexité est du nombre* » ; C. Gabet-Sabatier, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD Civ.* 1980. 39, spé. n° 52, p. 65 : « *Elle se ressent plus qu'elle se définit* ».

² A. Aynès, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2005, spé. sa deuxième partie, dans laquelle l'auteur distingue trois liens de connexité aboutissant à autant de droits de rétention distincts : la connexité matérielle, la connexité juridique et la connexité conventionnelle ; C. Gabet-Sabatier, art. précité, n° 43, pp. 61-62 ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 65 et s., p. 63 et s. qui, déjà, distinguaient entre connexité matérielle et connexité juridique.

³ En matière de procédure civile, ce sont les demandes qui sont liées : art. 101 CPC ; en matière de droit des contrats, ce sont les obligations, v. R. Houin, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, th. Paris, 1937, p. 12 ; en matière de droit de rétention, ce sont le pouvoir de fait du créancier sur la chose retenue et la créance garantie qui sont liés : art. 2286 C. civ.

⁴ Ph. Dupichot, th. précitée, n° 941, p. 709, qui parle d'une « *finalité de garantie réelle exclusive* ».

⁵ A. Aynès, th. précitée, n° 176, p. 137.

146. Exception d'inexécution et connexité. Les anciens auteurs distinguaient le droit de rétention de l'exception d'inexécution en discriminant selon le type de connexité envisagé¹. Si le lien de connexité était « matériel », c'est-à-dire que la créance était née à l'occasion de la détention de la chose², alors le créancier pouvait mettre en œuvre un droit de rétention. En revanche, si la connexité était « juridique », c'est-à-dire que la créance était née du contrat obligeant le créancier à livrer le bien³, le créancier pouvait mettre en œuvre son exception d'inexécution⁴.

147. L'un des mérites de la thèse de M. Aynès est d'avoir remis en cause cette distinction en prouvant que le droit de rétention reposant sur une connexité juridique n'est qu'un cas particulier d'exception d'inexécution : c'est l'exception d'inexécution lorsque l'obligation dont le débiteur suspend l'exécution est celle de remettre un bien à son créancier⁵. On peut donc dire indifféremment que le vendeur qui refuse de remettre le bien vendu à son débiteur tant qu'il n'est pas payé, utilisant la faculté prévue par l'article 1612 du Code civil, exerce un droit de rétention reposant sur un lien de connexité juridique ou une exception d'inexécution. C'est précisément sur ce mécanisme que repose le fonctionnement de la clause de réserve de propriété après revendication.

148. Réserve de propriété et exception d'inexécution⁶. Après revendication de son bien, le vendeur impayé en récupère la possession. Mais, à ce stade, le contrat n'est pas encore résolu. Cette revendication permet seulement au vendeur de se ménager une période de latence au cours de laquelle il fait pression sur son débiteur en lui ouvrant une alternative : ou bien il paye, et récupère ainsi l'usage des biens vendus, ou bien le contrat de vente sera résolu. Cette période de latence repose sur l'exception d'inexécution. En effet, en revendiquant le bien, le

¹ V., entre autres, J.-F. Pillebout, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, th. Paris, 1969, qui définit le droit de rétention dans un chapitre préliminaire afin d'éviter toute confusion avec son objet d'étude.

² Art. 2286, 3° C. civ.

³ Art. 2286, 2° C. civ.

⁴ Que l'on peut définir comme la faculté qui « permet à un débiteur de refuser provisoirement d'exécuter l'obligation dont il est tenu tant que le créancier qui réclame l'exécution n'a pas lui-même exécuté ou offert d'exécuter l'obligation dont il est débiteur en vertu du même rapport juridique et pour laquelle il ne bénéficie pas de délai », J.-F. Pillebout, th. précitée, n° 21, p. 42.

⁵ V. A. Aynès, th. précitée, n° 218 et s., p. 172 et s.

⁶ Rappr., estimant que l'analyse de la réserve de propriété en termes d'exception d'inexécution est possible, A.-M. Toledo, th. précitée, n. 1, p. 128.

vendeur impayé restitué à la vente son caractère synallagmatique¹. Auparavant, le bien ayant été livré, seul l'acheteur était encore tenu d'exécuter son obligation : le contrat de vente était donc unilatéral à l'instant considéré. En revanche, après revendication, le contrat n'ayant pas été résolu, les deux parties sont chacune tenues d'une obligation : l'acheteur doit payer le prix et le vendeur doit délivrer le bien. Le contrat de vente avec réserve de propriété, après revendication, est donc à nouveau synallagmatique. Sachant que l'exception d'inexécution ne peut jouer que dans les rapports synallagmatiques^{2/3}, l'on peut affirmer que le but de la clause de réserve de propriété est de mettre le vendeur impayé dans la situation qui serait la sienne s'il était un vendeur au comptant. Il peut alors paralyser l'exécution de son obligation de délivrance tant qu'il demeure impayé⁴. En neutralisant les effets de la procédure collective à son égard, la clause de réserve de propriété présente un avantage majeur : elle ne le dissuade pas de faire crédit car, en cas de difficultés, il pourra faire jouer les garanties qu'un vendeur ordinaire peut tirer du contrat de vente⁵. C'est la raison pour laquelle les effets attachés à l'action en revendication par le Code civil sont critiquables.

149. Analyse contractuelle de la réserve de propriété et effets de la revendication.

L'article 2371 du Code civil et la jurisprudence de la Chambre commerciale posent le principe selon lequel le vendeur qui revendique son bien revendique en réalité le droit d'en disposer, et que la valeur de ce bien doit être immédiatement imputée sur le solde de la créance restant dû. Nous avons vu que cette solution repose sur une logique de droit des sûretés qui n'est pas satisfaisante, car elle aboutit à ce que l'on considère que le vendeur-proprétaire met en oeuvre

¹ Pour l'analyse faisant varier le caractère synallagmatique ou unilatéral du contrat selon le moment considéré, v. R. Houin, th. précitée, spé. p. 175 et s.

² V., entre autres, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, n° 766, pp. 824-826.

³ Mais, pour autant, le jeu de l'exception d'inexécution ne repose pas sur la notion de cause. V., en faveur de cette explication, H. Capitant, *De la cause*, Dalloz, 3^e éd., 1927, n° 121 et s., p. 261 et s. ; C. Goyet, th. précitée, n° 380, p. 205. Comp. A. Aynès, th. précitée, n° 182, p. 141 : « *Le lien de connexité juridique caractérise une communauté d'origine entre deux éléments entre lesquels n'existe aucune relation de cause à effet, car ils ont leur cause commune dans un même rapport juridique* ».

⁴ En ce sens, D. R. Martin, « Grâce ! pour la réserve de propriété », art. précité, n° 3, p. 230 : « *si tout tourne mal – si le paiement n'advient pas – l'exception d'inexécution permet au vendeur de se faire rendre les marchandises grevées* » ; M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés-proprétés », art. précité, n° 7, p. 179 : « *la revendication ou la restitution a, sur le contrat, une sorte d'effet suspensif : elle suspend, comme rétroactivement, l'obligation de délivrance* » ; T. M. Margellos, th. précitée, n° 74, p. 99 : « *Tout comme le droit de rétention, la réserve de propriété repose sur une connexité, pour ainsi dire, absolue entre la chose et la créance garantie ; elle est fondée sur l'interdépendance des prestations réciproques des parties liées par une convention synallagmatique. Comme le droit de rétention, la réserve de propriété n'a qu'un effet suspensif temporaire et elle cessera de produire effet quand l'exécution sera offerte ou par la disparition du contrat lui-même* ».

⁵ V. C. Goyet, th. précitée, n° 384, p. 207 : « *la nature de l'action ouverte par la clause de réserve de propriété doit être mise en rapport avec le mécanisme contractuel qui la rend possible. Cette combinaison tend à permettre le fonctionnement de l'exception d'inexécution au profit du vendeur* ».

un pacte commissaire, connu tant des sûretés traditionnelles que de la fiducie, alors pourtant qu'il n'a jamais cessé d'être propriétaire de son bien¹ ! Cette solution illogique disparaîtrait si l'on analysait la réserve de propriété comme une simple garantie contractuelle. En effet, le revendiquant ne demande qu'à récupérer la possession de son bien. Il ne demande pas la résolution de la vente². L'action en revendication lui sert à observer la réaction de son cocontractant : s'il peut payer et que son défaut de paiement était seulement ponctuel, la vente ira à son terme, ce qui est dans l'intérêt des deux parties. En revanche, si le défaut de paiement annonce l'insolvabilité de l'acheteur, le vendeur résoudra le contrat, et c'est dans ce cas-là seulement qu'il faudra imputer la valeur du bien au solde restant dû pour retourner au *statu quo ante*. Le régime actuel de l'action en revendication du Code civil ignore complètement la gradation dans l'inexécution qui sépare l'exception d'inexécution et la résolution pour inexécution. Il attache en réalité un effet de la résolution pour inexécution – la nécessité de procéder aux restitutions – à l'exception d'inexécution. Tant que l'inexécution demeure minime, l'exception constitue le moyen idoine de mettre la pression sur le cocontractant³. Lorsqu'elle est grave, c'est à la résolution qu'il faut recourir. Mais le régime actuel n'est pas cohérent lorsqu'il maintient le vendeur dans les liens contractuels après revendication, tout en lui permettant de disposer de son bien comme bon lui semble et en le forçant à procéder à la restitution des fonds perçus. Cette prise en compte de la gradation des sanctions de l'inexécution fait d'ailleurs ressortir avec éclat l'effet de sûreté de l'action en résolution.

¹ V. *supra*, n° 95 et s.

² Dans le même sens, T. M. Margellos, th. précitée, n° 101, p. 141, estimant que, comme le vendeur ne garantit la jouissance de ses biens à l'acheteur que tant qu'il paye, « *il semble donc être conforme à l'esprit de la clause et à la volonté des parties que l'on reconnaisse au vendeur, sans qu'il ait à se retirer du contrat, le droit de réclamer la restitution des objets livrés sous réserve de propriété, chaque fois que l'acheteur ne remplit pas ses obligations* ».

³ Le raisonnement pourrait paraître artificiel : si le vendeur revendique son bien, n'est-ce pas précisément pour se mettre en situation de pouvoir rompre les liens qui l'unissent à son débiteur ? En ce sens, L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 363, p. 315 ; Ph. Jestaz, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », art. précité, p. 229. Statistiquement, il s'agit évidemment du résultat le plus courant. Pour autant, si la jurisprudence puis le législateur n'ont pas cru bon d'attacher un effet résolutoire à l'action en revendication, il ne semble pas absurde de penser qu'ils ont imaginé que, dans certains cas, la revendication n'aboutisse pas à la résolution. La privation des utilités du bien pourrait, dans quelques situations, faire prendre conscience au débiteur qu'il est nécessaire à la poursuite de son activité. La faveur accordée à l'efficacité du contrat pourrait donc être récompensée. En un sens similaire, P. Crocq, th. précitée, n° 294, pp. 245-246 : « *L'exercice de l'action en revendication a pour seul effet, comme le remarque Mme PEROCHON, d'une part, de protéger le créancier contre la disparition de la chose, favorisant ainsi le rétablissement du statu quo ante à l'issue d'une résolution ultérieure du contrat de vente, et, d'autre part, d'exercer une pression sur le débiteur l'incitant à s'exécuter en le privant de l'utilité du bien* ».

150. Résolution et sûreté. La résolution pour inexécution a parfois été comparée à une sûreté réelle¹. Il s'agit pourtant d'un abus de langage : en effet, la résolution ne permet pas d'aboutir à l'exécution du contrat, c'est même tout le contraire car elle permet d'y mettre fin. Il s'agit en revanche d'une bonne garantie en raison de l'effet rétroactif qui y est attaché. On a pu parler à ce propos de « *couverture à l'opération contractuelle* »², car la rétroactivité de la résolution assure au contractant qui y a recours de ne subir aucune perte, et l'on reconnaît là un des éléments essentiels à la définition d'une garantie. Le retour au *statu quo ante* permet de s'assurer de l'équilibre de l'opération grâce aux restitutions qui doivent avoir lieu. Ces restitutions sont particulièrement intéressantes dans le cadre de la vente avec réserve de propriété. L'effet de garantie de la résolution habilite en effet le vendeur, non pas à reprendre son bien et à en disposer librement, ce qui est le résultat de la revendication, mais à anéantir le droit réel de l'acheteur et, si la nature et l'état dudit bien le permettent, à chercher ensuite un autre acheteur afin de conclure une nouvelle vente³. L'acquéreur devra récupérer ses acomptes, sous réserve des dommages-intérêts dus au vendeur s'il a subi un préjudice. Les effets de l'échec de la première opération sont ainsi globalement neutralisés.

151. Analyse contractuelle et résolution de la vente avec réserve de propriété. Ces considérations nous amènent à affirmer que l'analyse contractuelle de la réserve de propriété est bien plus respectueuse des principes fondamentaux du droit des obligations que la qualification de sûreté octroyée par le législateur. Elle permet d'abord de respecter la gradation qui existe entre exception d'inexécution et résolution. La première n'est qu'un moyen de pression qui permet au contractant d'attendre le retour à meilleure fortune de son partenaire ou

¹ G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, th. Toulouse, 1924, pp. 50-51 ; J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 189, p. 344 : « L'utilité économique et sociale de la résolution paraît évidente. Le créancier de l'obligation inexécutée, spécialement le vendeur impayé, est en danger de perdre : par sa rétroactivité qui aboutira à une restitution en nature, l'action en résolution lui donne l'équivalent d'une sûreté réelle » (c'est nous qui soulignons) ; R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD Civ.* 1945. 159, n° 2, p. 160 : « Le Code crée une sûreté » ; Comp. L. Josserand, *op. cit.*, n° 379, p. 180 et Ph. Rémy, « La subrogation du prêteur de deniers dans l'action résolutoire du vendeur d'immeuble », *JCP N* 1978. I. 79, n° 14 et 15, p. 82, qui font de l'action en résolution un des aspects du droit du vendeur impayé à l'exécution forcée.

² T. Génicon, th. précitée, n° 211, p. 153.

³ V., insistant sur la puissance de la fonction de garantie de la résolution dans les contrats translatifs de propriété, T. Génicon, th. précitée, n° 218, pp. 155-156 : « cette fonction de la résolution aura une utilité toute particulière à chaque fois que le contrat aura eu pour objet le transfert de la propriété d'un bien. C'est dans ce que l'on désigne parfois comme « l'effet réel » de la résolution que la fonction de garantie trouve sa meilleure assise. Certes, la créance de restitution, quelle qu'elle soit, permet d'assurer l'équilibre patrimonial de chaque contractant, mais il faut avouer que, simple droit personnel, elle n'est souvent pas plus efficace que la créance qui était issue du contrat et qui a été détruite, ou que la créance de dommages-intérêts. En revanche, elle revêt un avantage décisif lorsqu'elle se couple d'un droit réel qui, grâce à la puissance de l'action en revendication, offre nettement plus de chances au créancier de rentrer dans ses frais ».

sa défaillance définitive. Elle aménage une phase d'attente qui n'existe pas si l'on décide d'analyser la revendication comme un pacte comissoire ou, en tout cas, comme un mode de réalisation d'une sûreté réelle. La deuxième doit être utilisée seulement en dernier recours, lorsque les relations contractuelles sont irréversiblement endommagées.

152. De plus, l'analyse contractuelle permet de respecter la nature de l'action en revendication. Celle qui fait partie du régime actuel de la réserve de propriété est bâtarde : elle mélange les caractéristiques de l'exception d'inexécution et de la résolution. En effet, comme l'exception, elle permet au vendeur de suspendre l'exécution de son obligation de délivrance sans mettre fin au contrat. Mais, comme la résolution, elle oblige à procéder à des restitutions. Quels sont alors les effets de la résolution post-revendication ? Elle n'oblige pas à procéder à des restitutions, ne permet pas au vendeur de récupérer la possession de ses biens, n'investit pas l'acquéreur du droit de demander la restitution de ses acomptes : le retour au *statu quo ante* s'est déjà produit par le recours à l'action en revendication. Dans ce cas, la résolution a pour unique effet de mettre fin au lien contractuel qui avait déjà disparu dans les faits.

153. C'est dire que le législateur n'est pas allé au bout de sa logique : raisonnant en termes de sûretés réelles, il a voulu que la restitution du bien au vendeur produise les effets de l'attribution en propriété du bien grevé. Mais il est resté au milieu du gué en raison de la nature contractuelle de la réserve de propriété, qui est partie intégrante d'un contrat, et ne s'y ajoute pas comme une sûreté réelle classique. Le législateur s'est heurté au fait qu'il est impossible de dissocier le sort du contrat et de la réserve de propriété. La règlementation de cette garantie ne peut être cohérente si elle fait abstraction de sa nature contractuelle¹. Force est donc de constater, avec M. Martin, que la « *réserve n'est pas exactement une sûreté réelle mais la simple garantie exclusive du prix de cession d'un bien* »².

154. Conclusion de la section 2. La réserve de propriété est décidément une institution bien difficile à saisir. Elle répond aux finalités du droit des sûretés en donnant aux praticiens

¹ V., entre autres, sur l'utilisation toujours plus importante des mécanismes contractuels en droit des garanties, Y. Chartier, « Rapport de synthèse », art. précité, n° 8 et s., p. 154 et s. ; R. Houin, « Rapport introductif », art. précité, p. 8 ; D. Legeais, *op. cit.*, n° 15, p. 24.

² D. R. Martin, « Grâce ! pour la réserve de propriété », art. précité, n° 8, p. 234.

une des meilleures garanties qui soient, mais la protection qu'elle confère repose sur les mécanismes du droit des obligations.

La comparaison avec la fiducie-sûreté montre que la réserve de propriété ne peut être analysée comme une sûreté réelle classique. Alors que la première repose sur l'affectation exclusive d'un bien à la garantie du créancier, l'efficacité de la sûreté étant justifiée par un transfert de propriété chimérique, la deuxième a pour but le transfert de propriété d'un bien du créancier au débiteur, tout en permettant au vendeur de se ménager la meilleure garantie qui soit : la conservation de la propriété de son bien. La différence entre les deux institutions est donc flagrante. Alors que la fiducie-sûreté est une sûreté qui s'ajoute au contrat de crédit qui lie les parties, la réserve de propriété est inséparable de la vente qu'elle garantit. Cette différence de nature a nécessairement des conséquences sur le régime des deux mécanismes. La réalisation de la fiducie-sûreté aboutit toujours à la satisfaction de son bénéficiaire car, simple créancier de somme d'argent, le transfert de propriété d'un bien du débiteur lui permet d'appréhender la valeur qu'il convoitait. En revanche, la réalisation de la réserve de propriété ne satisfait pas toujours le vendeur. Lorsque le bien se retrouve en nature entre les mains de son débiteur, c'est seulement par la fiction d'une dation en paiement ou d'un pacte comissoire que le droit admet que le créancier soit satisfait. Ce n'est que lorsque le bien a été revendu ou a disparu que l'exercice du droit du vendeur sur la créance de prix qui remplace le bien lui permet d'être satisfait. De même, tandis que la règle de l'accessoire s'applique quasi-systématiquement aux sûretés réelles, le régime de la réserve de propriété est bien différent : la clause survit à l'extinction de la créance de prix sans paiement dans les procédures collectives. C'est dire que le vendeur occupe une position bien plus favorable que celle de créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle. Il est également propriétaire, ce qui le place à l'abri de certains événements anéantissant les sûretés.

Le maintien de cette qualité de propriétaire ne peut s'expliquer que par l'analyse contractuelle de la réserve de propriété. Elle s'insère dans la vente sans changer sa qualification parce qu'elle ne touche ni à ses éléments essentiels, ni à son but. Elle aboutit seulement à la création d'un lien de subordination du transfert de propriété au paiement du prix par l'acheteur. Libre d'utiliser le bien grâce au droit réel qui lui est conféré par le contrat de vente, ce dernier ne peut devenir propriétaire que par le paiement du prix. C'est ce qui permet de démêler l'écheveau du maintien de la réserve de propriété malgré la disparition de la créance garantie

par défaut de déclaration dans les procédures collectives. Le fait que le vendeur demeure propriétaire rend par ailleurs absolument insatisfaisants les effets attachés à l'action en revendication. Comment admettre qu'un propriétaire puisse être rempli de ses droits par la récupération de la possession de son bien ? C'est le traiter comme un simple créancier. Aussi, il paraît plus cohérent de faire reposer les effets de la réserve de propriété sur les mécanismes éprouvés du droit des obligations. Par l'action en revendication, le vendeur se met en situation de recourir à l'exception d'inexécution en suspendant l'exécution de son obligation de délivrance. Si, pendant le temps de latence donné à l'acheteur pour qu'il paye ce qu'il doit, rien ne se passe, le vendeur aura toute latitude pour recourir à l'action en résolution, qui lui permet de mettre fin au contrat sans subir aucune perte.

155. Conclusion du chapitre. Il était particulièrement important, à l'aube de cette étude, de restituer à la distinction des sûretés réelles et des garanties exclusives sa juste place. Alors que l'on pouvait initialement penser qu'elle constituait une *summa divisio* du droit des garanties réelles, il s'avère qu'il n'en est rien. Les sûretés traditionnelles et les garanties conférant un droit exclusif sur les biens du débiteur sont extrêmement proches les unes des autres, à telle enseigne que seuls leurs rapports avec le droit des procédures collectives et le droit des privilèges les distinguent. Qu'une sûreté préférentielle ou une garantie exclusive de cet ordre soit constituée, il s'agit toujours de l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens à la garantie du paiement d'une créance, ce qui crée une rupture d'égalité entre les créanciers du débiteur. La fiducie confère certes davantage de pouvoirs au créancier sur le bien grevé, mais il arrive que le titulaire d'une sûreté préférentielle puisse devenir propriétaire des biens composant l'assiette de sa sûreté.

Le fiduciaire n'est cependant pas un véritable propriétaire, certains pouvoirs lui étant conférés limitativement par l'acte de fiducie, mais non la liberté d'action qui accompagne la reconnaissance d'une telle qualité. Les fiducies, tout comme le droit de rétention fictif, n'apparaissent alors que comme des moyens de renforcer la position des créanciers titulaires de sûretés conventionnelles sans avoir à repenser ni l'articulation des garanties avec le droit des procédures collectives, ni le classement des privilèges. Il faudrait donc songer à aligner leur traitement sur celui qui est réservé aux sûretés préférentielles, tout en améliorant ce dernier afin de ne pas tarir les sources du crédit.

En revanche, bien différente est la situation des réservataires et des crédits-bailleurs. Il s'agit là de véritables propriétaires, ne pouvant être traités comme de simples titulaires de sûretés. Ils sont plus que cela, étant donné que leurs attentes légitimes s'attachent à la bonne exécution du contrat de vente ou de location, et non seulement au paiement d'une somme d'argent. Cela implique une appréciation différente de la revendication d'abord, qui n'est pas assimilable à un simple pacte commissaire, du principe de l'accessoire, ensuite : l'effacement de la dette par le droit des procédures collectives ne peut anéantir les droits du créancier-proprétaire, sous peine de provoquer une expropriation pour cause d'utilité privée, ce qui n'est pas conforme au droit constitutionnel. Il faut donc opter pour l'analyse contractuelle de ces garanties, ce qui revient à considérer la réserve de propriété comme une simple clause d'un contrat de vente subordonnant le transfert de la propriété au paiement intégral du prix, l'exercice de l'action en revendication investissant le vendeur à crédit impayé des mêmes garanties que le vendeur au comptant, soit l'exception d'inexécution et la résolution pour inexécution.

Le droit des garanties réelles devrait ainsi distinguer les deux catégories mises en lumière au cours des développements précédents : d'une part, les sûretés réelles, comprenant les sûretés traditionnelles, ainsi que les fiducies et le droit de rétention fictif, d'autre part les garanties fondées sur la conservation de son droit de propriété par le créancier. Cette distinction devra nécessairement être conservée en mémoire au moment de se prononcer sur la valeur des restrictions imposées par le droit des procédures collectives aux prérogatives des titulaires de garanties réelles. Si tous les bénéficiaires de sûretés réelles devraient être logés à la même enseigne, ce qui aboutit, dans les cas les plus extrêmes, à la privation du droit de créance, les propriétaires bénéficient d'un filet de sécurité qui les protège uniquement contre les privations de leur droit de propriété, mais non contre les restrictions apportées à l'exercice de leurs prérogatives. Quoi qu'il en soit, la mise en lumière du clivage séparant sûretés réelles et garanties reposant sur le droit de propriété est capitale : en démontrant que la préférence et l'exclusivité sur les biens du débiteur sont loin d'être inconciliables au sein des sûretés réelles, l'on dispose d'une nouvelle grille de lecture permettant d'expliquer le fonctionnement du nantissement de créance.

Chapitre 2 : Le nantissement de créance, entre sûreté préférentielle et sûreté exclusive

156. Amélioration du régime du nantissement de créance par la réforme. Il est indéniable que la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 a très largement amélioré le régime juridique de la sûreté conventionnelle sur créance du Code civil. Jadis appelée « gage sur créance », celle-ci était totalement délaissée par la pratique. On a pu écrire qu'« *entre un nantissement de créance et une cession de créance à titre de garantie, il faudrait a priori être insensé pour choisir le premier* »¹. Ses inconvénients étaient en effet nombreux : un régime inadéquat car calqué sur celui du gage de meubles corporels, un faible nombre d'articles laissant souvent l'interprète démuni et enfin une efficacité plutôt douteuse². Les créances étant néanmoins des biens d'une valeur importante et donc des sources potentielles de crédit, le législateur a dû créer des régimes spéciaux propres à certaines créances³, preuve de l'inadaptation du corps de règles du Code civil.

157. Seule la question de l'efficacité du droit du nanti nous retiendra au cours des développements qui suivent. Avant la réforme, un problème se posait lorsque la créance donnée en gage arrivait à échéance avant la créance garantie : aucune des parties ne pouvait obtenir seule le paiement, le créancier n'ayant pas le droit de réaliser sa sûreté par anticipation et le constituant ayant donné la créance en garantie. Les parties étaient alors obligées d'intervenir toutes les deux afin d'obtenir le paiement puis consigner les sommes reçues⁴. Cette façon de

¹ P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. ent.*, 1989/5, p. 6.

² Sur tous ces points, v., entre autres, J.-P. Apprill, « Le nantissement des créances et des comptes », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 485 et s. ; J. Boulanger, « Rapport présenté au nom de la Commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée », *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1937, p. 333 et s. ; D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stoufflet, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986 ; Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, préf. H. Lécuyer, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 7, 2017, n° 9 et s., p. 10 et s.

³ Est ainsi apparu le nantissement de marché public, consacré par un décret-loi du 30 octobre 1935. Sur le régime de cette sûreté, v. not. Y. Bachelot, « Un cas exemplaire : le dépérissement du nantissement de marchés », *Banque* déc. 1981, p. 1405 et s. ; H.-D. Cosnard, « Le nantissement des marchés », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 563 et s. ; D. R. Martin, « La condition juridique du créancier bénéficiaire d'un nantissement de marché public », *RTD Com.* 1977. 43. On peut également citer la cession et le nantissement de créances professionnelles créées par la loi du 2 janvier 1981 (dite loi « Dailly »).

⁴ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 257, p. 321. V., déjà, A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, T. VIII, par E. Colmet de Santerre, Plon, 1884, n° 311 bis IV, p. 385 : « On comprend que si l'échéance est arrivée, le débiteur gagiste créancier de la créance engagée, ne pourra pas toucher, puisque l'engagement signifié vaudra comme une opposition, et qu'il aura tout intérêt à s'entendre avec le créancier gagiste, qui ne pourra pas non plus toucher sans le

procéder étant lourde, la pratique a eu recours à des palliatifs tels que le mandat, la cession conditionnelle de créance et la délégation¹.

158. La solution n'était tout de même pas totalement satisfaisante. La façon la plus naturelle de réaliser une sûreté sur créance est logiquement de permettre au créancier de percevoir les sommes issues de son paiement², alors pourquoi faudrait-il y ajouter une convention pour parvenir à ce résultat ? C'est le raisonnement tenu par les rédacteurs de l'ordonnance du 23 mars 2006, qui a consacré le droit du nanti à recevoir le paiement de la créance grevée, sous réserve de l'accomplissement d'une formalité : la notification de la sûreté au débiteur de la créance nanti³. Il y a là une simplification très appréciable du fonctionnement de la garantie, qui ne concerne toutefois que les rapports entre les parties au contrat de nantissement. Les difficultés se nichent désormais au niveau de la détermination de l'intensité du droit du créancier nanti à l'égard des tiers.

159. Position du problème. La majorité de la doctrine a déduit de l'existence de ce droit au paiement que le nanti devait être titulaire d'un droit exclusif, et ce dès la naissance de la sûreté⁴. Cette exclusivité permettrait au bénéficiaire du nantissement d'être systématiquement payé en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant⁵. D'autres auteurs ont objecté que les articles 2362 et 2363 du Code civil devaient être lus ensemble : après notification, parmi les parties, seul le nanti peut recevoir le paiement de la créance, à l'exclusion

consentement de l'autre partie. De leur intérêt mutuel naîtra un accord ; ils toucheront conjointement. Que si l'accord ne se fait pas, le créancier gagiste se fera attribuer par justice la créance aux termes de l'article 2078, ou en fera ordonner la vente aux enchères ».

¹ J.-P. Apprill, art. précité, p. 487 ; J. Boulanger, art. précité, p. 335 ; D. Legeais, th. précitée, n° 103, pp. 67-68 ; O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, préf. E. Putman, PUAM, 2000, n° 143, p. 223 et s.

² J.-E. Labbé, « Des privilèges spéciaux sur les créances », *RLCJ* 1876, n° 1, pp. 571-572.

³ Avant la notification, l'art. 2362 C. civ. dispose que seul le constituant peut recevoir valablement paiement de la créance. En revanche, une fois cette formalité effectuée, seul le créancier nanti y a droit (art. 2363 C. civ.).

⁴ V., entre autres, S. Agbayissah et D. R. Martin, « Eléments critiques de droit des sûretés », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque éditeur, 2013, p. 17 et s., spé. n° 13, p. 23 : « *À l'instar d'une garantie fiduciaire, la nouvelle sûreté transcende les schémas et vicissitudes des sûretés réelles classiques pour tendre à une efficacité maximale [...] Elle constitue un bénéfice exclusif autant dans la phase de garantie que lors de sa réalisation* » ; L. Aynès, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. et Patr.* sept. 2007, p. 66 et s. ; M. Julienne, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012 ; H. Synvet, « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. et Patr.* sept. 2005, p. 64 et s. et « Le nantissement de compte », *Dr. et Patr.* juill.-août 2007, p. 62 et s., ainsi que la quasi-totalité des manuels.

⁵ H. Synvet, « Le nantissement de compte », art. précité, p. 64 ; de nombreux auteurs estiment que cette idée a été accueillie par la jurisprudence dans un arrêt qui a fait grand bruit, Com., 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n° 94 (n° 09-13388) ; *RDC* oct. 2010, p. 1338 et s., obs. A. Aynès ; *D.* 2010, p. 2201, n. N. Borga ; *RTD civ.* 2010, p. 597, obs. P. Crocq ; *D.* 2011, p. 411, obs. P. Crocq ; *Dr. et patr.* sept. 2010, p. 96 et s., obs. Ph. Dupichot ; *BJE* mars 2011, p. 28, n. C. Houin-Bressand.

du constituant¹. En revanche, il serait impossible de lire le deuxième article cité comme conférant un droit exclusif au créancier nanti. La rédaction floue des textes empêche de présenter la solution préconisée par le courant doctrinal dominant comme une vérité d'évidence². La seconde solution nous paraît toutefois plus satisfaisante car elle correspond encore à nos habitudes de pensée : malgré la réforme du 23 mars 2006, la sûreté réelle reste traditionnellement associée au droit de préférence et l'exclusivité semble être seulement exceptionnelle. Bien peu de garanties offrent à leur titulaire la certitude absolue d'être payé. La difficulté qu'éprouve la majorité des auteurs à trouver un fondement au droit exclusif du nanti n'incite pas non plus à aller dans leur sens³. Cela peut s'expliquer par leur objectif principal, qui n'est pas tant d'examiner les mérites du nantissement de créance en eux-mêmes que de trouver un moyen de pallier l'absence de cession de créance de droit commun à titre de garantie⁴.

¹ G. Ansaloni, « Remarques sur l'efficacité du nantissement de créance », *RDBF* sept. 2013, prat. 5 ; M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RDBF* janv. 2010, étude 2 ; Ph. Théry, obs. sous Com., 19 décembre 2006, *Defrénois* 2008. art. 38726, p. 414 et s. ; Ph. Van Steenlandt, th. précitée, n° 512 et s., p. 372 et s. ; V. également, estimant que le nanti est titulaire d'un droit de préférence, L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012, n° 206, p. 174 : « La seule différence que l'on peut trouver entre un nantissement sur soi-même et une convention de compensation résulte de l'existence d'un droit de préférence sur la créance résultant du nantissement de créance » ; Ph. Delebecque, « Les sûretés sur créances monétaires », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain – Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, 2014, n° 5, p. 87. Adde J. Bennephtali, *Le nantissement de créance et les procédures collectives*, th. Paris-Est, 2019, développant l'idée que le bénéficiaire d'un nantissement de créance n'est titulaire que d'un droit de préférence avant la notification de sa sûreté, et d'un droit exclusif par la suite.

² L'auteur à la tête de la Commission de réforme du droit des sûretés se posait la question de la nature du droit du créancier nanti en ces termes, laissant à la jurisprudence le soin de statuer dans un sens ou dans l'autre : « Voyez, par exemple, la question que pose l'article 2363, alinéa 1^{er} suivant lequel, dans le cas d'un nantissement de créance, le créancier nanti, une fois qu'il a notifié la sûreté au débiteur de la créance nantie, peut seul recevoir de celui-ci un paiement valable : le reçoit-il à titre de paiement de sa créance, de sorte qu'il passe avant tout autre créancier, ou pour le compte de qui il appartiendra, de sorte qu'il ne peut prétendre qu'exercer sur lui un droit de préférence ? » (M. Grimaldi, « Rapport de synthèse », in *Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application*, LPA 27 mai 2008, p. 74 et s.).

³ M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, n° 994, pp. 708-709 : « si le créancier a bien notifié le nantissement au débiteur de la créance nantie, il est le seul à pouvoir recevoir le paiement de celle-ci. Il n'est plus alors question d'un droit de préférence, mais d'une véritable exclusivité, qui rapproche sensiblement le nantissement de créance des mécanismes de propriété fiduciaire » ; B. Dupont-Légrand, « Droit de rétention fictif et nantissement de créances : l'exclusivité au paiement ? », *RRJ* 2012-4, p. 1830, affirmant qu'il est « essentiel de retenir que le créancier bénéficie bel et bien d'un paiement exclusif de sa créance par le seul choix de sa sûreté [...] L'exclusivité au paiement, caractéristique du nantissement de créances et détaché du droit de rétention, participerait à la nouvelle autonomie de la sûreté » ; O. Fille-Lambie et L.-J. Laisney, « Le nantissement de créance, supplétif ou alternative à la cession Dailly ? », *Banque et Droit* juill.-août 2010, pp. 6-7 ; H. Synvet, « Le nantissement de meubles incorporels », art. précité, a défendu le premier cette position, décrivant une sûreté qui n'a « pas de prédécesseur » et qui s'est éloignée « du schéma classique de l'exercice d'un droit de préférence par le créancier sur le prix de vente du bien grevé ».

⁴ Il n'est pas interdit de penser que la prohibition jurisprudentielle de la cession de créance de droit commun à titre de garantie a conduit la doctrine à voir dans le nantissement de créance une garantie d'une efficacité si redoutable. Juste après que la Chambre commerciale a requalifié une cession en nantissement, s'attirant ainsi les critiques de M. Aynès (v. L. Aynès, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007. 961, spé. n° 4, reprochant à la Cour de cassation de ne pas respecter la volonté des parties : « le droit de préférence que donne le nantissement n'a pas grand-chose de commun avec le droit exclusif conféré par la cession de créance »), les articles se sont multipliés au cours de l'année 2007 en faveur de la reconnaissance d'un droit exclusif au profit du créancier nanti.

160. Faut-il considérer que le débat est clos depuis que la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a affirmé, le 2 juillet 2020, que l'on doit déduire de la combinaison des articles 2363 du Code civil et L. 132-10 du Code des assurances que le bénéficiaire d'un nantissement de contrat d'assurance vie rachetable « *dispose d'un droit exclusif au paiement de la valeur de rachat, excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers du souscripteur, même privilégiés* »¹ ? Nous ne le pensons pas². Dans cette matière, la Cour de cassation renvoie l'image d'un *skipper* perdu en haute mer, incapable de déterminer un cap et de s'y tenir. Qu'on en juge : après s'être prononcée en faveur de la requalification en nantissement de la cession de créance de droit commun à titre de garantie en 2006³, elle semble reconnaître à ce nantissement les effets d'une cession dans le droit des procédures collectives en 2010⁴ ; en 2018 et au début de l'année 2020, elle restreint fortement les prérogatives du bénéficiaire d'un nantissement de compte en cours de fonctionnement, ce qui ouvre la porte à sa soumission aux règles de la discipline collective du Livre VI du Code de commerce⁵, avant de reconnaître l'exclusivité du droit du créancier nanti sur une police d'assurance vie. Préférence, exclusivité, préférence, exclusivité : les juges ne parviennent pas à trancher en raison de l'ambiguïté fondamentale qui caractérise le nantissement de créance⁶. Une autre interprétation des textes est possible et, à notre sens, souhaitable. L'impossibilité de trancher entre les différentes conceptions prévalant actuellement pourrait trouver sa source dans le fait que le nantissement de créance constitue un pont entre la préférence et l'exclusivité.

161. Plan. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés proposé par l'Association Henri Capitant exprime une volonté très nette de trancher la controverse en reconnaissant au créancier

¹ Civ. 2^e, 2 juillet 2020, n° 19-10308, 19-11417 ainsi que 19-13636. La formule a été répétée dans un arrêt Civ. 2^e, 17 septembre 2020, n° 19-10420.

² *Contra*, favorable à la reconnaissance de l'exclusivité de tous les nantissements au travers de cette décision, J.-D. Pellier, « La consécration du droit exclusif au paiement du créancier nanti », *D.* 2020. 1940.

³ Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ.* IV, n° 250, p. 275 (n° 05-16395).

⁴ Com., 26 mai 2010, précité.

⁵ Com., 7 novembre 2018, n° 16-25860 ; Com., 22 janvier 2020, n° 18-21647. Pour de plus amples développements sur la solution retenue par ces arrêts, v. *infra*, n° 251 et s.

⁶ Ambiguïté inexistante en matière de garanties constituées sur créances professionnelles, la jurisprudence se gardant bien de confondre cession et nantissement Dailly, v. Com., 20 février 2007, *Bull. civ.* IV, n° 48 (n° 05-20562) : une cour d'appel avait estimé pouvoir reconnaître un droit de préférence au cessionnaire Dailly dans la procédure collective du cédant, décision sèchement cassée par la Cour de cassation, qui estime « *qu'en statuant ainsi, alors que la créance professionnelle avait fait l'objet d'une cession et non d'un nantissement, lequel constitue une faculté alternative à la cession, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations* ».

nanti un droit au paiement exclusif¹, distinct d'un droit de rétention². Il nous semble cependant que cette situation est très difficile à justifier vis-à-vis des principes régissant le droit des sûretés et celui des procédures civiles d'exécution, qui insistent tous deux fortement sur la notion d'exigibilité de la créance³. De fait, la solution ne devrait pas être la même selon que l'on se place avant ou après l'échéance de la créance garantie⁴. La formule selon laquelle « *les sûretés réelles font naître des prérogatives originales sur un objet classique* »⁵ paraît devoir être inversée ici : le nantissement de créance fait naître des prérogatives classiques – pour une sûreté – sur un bien original, la créance de somme d'argent, qui ne peut être assimilée aux biens corporels⁶. Sa singularité vient notamment de sa nature d'« *instrument qui permet de procurer au créancier un bien* »⁷. La difficulté résulte de ce que le nantissement de créance est une sûreté dont l'assiette est modifiée au cours du temps : avant le paiement de la créance nantie, elle porte sur la créance elle-même ; après le paiement de cette créance, elle porte sur les sommes perçues⁸. Il faut alors distinguer selon l'objet considéré : lorsque le droit du nanti porte sur la créance, il est, en principe, préférentiel (**Section 1**). En revanche, au cours de la deuxième phase,

¹ Le nouvel article 2363 du Code civil ne disposerait plus que seul le créancier nanti peut valablement encaisser les sommes mais qu'il a « *seul le droit au paiement* ». On a pu remarquer que, si exclusivité il y a, elle n'a été affirmée « *que du bout des lèvres* » (M. Julienne, « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *RPC* juill.-août 2018, dossier 16, n° 16). Un droit exclusif serait également conféré au titulaire du nouveau nantissement de monnaie scripturale, les articles 2366-6 et 2366-8 de l'avant-projet affirmant que « *ni le constituant, ni aucun tiers, ne peut retirer les fonds nantis aussi longtemps que la garantie subsiste* » et que « *l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou de surendettement contre le constituant ou le débiteur demeure sans effet sur la réalisation du nantissement* ». Reste que le texte ne résout pas tous les problèmes : en cas de nantissements successifs de la même créance, comment assurer le respect des droits du premier nanti qui n'a pas notifié sa sûreté face au deuxième nanti, qui a pris la précaution de notifier et a donc « *seul* » droit au paiement, à l'exclusion de tous les autres créanciers ? Un tel problème ne se poserait pas si le raisonnement devait être effectué en termes de droits de préférence.

² M. Julienne, th. précitée, n° 138 et s., p. 98 et s. *Contra*, L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 169 et s., p. 136 et s.

³ Sur cette notion, v. J.-C. Boulay, « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », *RTD Com.* 1990. 339. L'auteur insiste particulièrement sur le fait que l'exigibilité ne se réduit pas à l'échéance et qu'elle est essentiellement « *l'état d'une créance parvenue à maturité, dont le recouvrement ne dépend plus que du bon vouloir du créancier* » (n° 110, p. 373). L'accent est donc mis sur la possibilité pour le créancier d'exercer immédiatement son pouvoir de contrainte. Dans les développements qui suivent, par respect pour la lettre des articles 2364 et 2365 C. civ., nous parlerons plutôt d'échéance de la créance en matière de droit des sûretés.

⁴ V., déjà, distinguant les effets du nantissement de créance à ces deux dates, D. Legeais, th. précitée, n° 98 et s., p. 63 et s.

⁵ C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 16, p. 15.

⁶ En ce sens, H. Synvet, « Introduction », in *Sûretés mobilières : du nouveau, Dr. et Patr.* juill.-août 2007, p. 46 et s. : « *La créance [...] est un bien que tout distingue des meubles corporels. Sa possession n'a guère de sens, sauf à jouer avec les mots. L'essentiel réside dans les prérogatives susceptibles d'être exercées à l'encontre du débiteur de la créance nantie (source de toute valeur) et – c'est là que le droit des sûretés intervient – dans leur répartition entre constituant et créancier nanti* ». V. également J. Stoufflet, « Discours introductif », in *Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent*, colloque de l'AEDBF du 23 janvier 2006, p. 1 : « *pourquoi cette difficulté particulière à analyser les sûretés sur l'argent ? Parce que la monnaie est une chose d'une valeur qui, juridiquement, est fort difficile à analyser* ».

⁷ L. Aynès, préface à la thèse de M. Julienne, précitée, p. VII.

⁸ V. M. Julienne, th. précitée, qui divise sa première partie en un Titre I portant sur le nantissement du droit de créance et un Titre II sur le gage de l'objet de la créance. V. également l'art. 2365 C. civ. qui ouvre une option au créancier nanti en cas de défaillance de son débiteur : il peut choisir de se faire attribuer la créance ou d'attendre son échéance pour imputer les sommes perçues sur le montant de la créance garantie.

lorsque l'assiette de la sûreté est constituée de la somme d'argent, objet de la créance, son droit est, en principe, exclusif (**Section 2**).

Section 1 : Le droit de préférence sur la créance nantie

162. Plan. Une précision s'impose d'entrée : si l'on dit que le droit du nanti sur la créance grevée est préférentiel « en principe », c'est qu'il faut écarter une hypothèse. En effet, lorsque la créance garantie arrive à échéance avant la créance nantie, le créancier peut recourir à la faculté d'attribution prévue par l'article 2365 du Code civil. Dans ce cas, la nature du droit du nanti est évidente : s'étant fait attribuer la créance, il se place hors concours et bénéficie d'un droit exclusif. Mais il s'agit seulement d'une exception. Le reste du temps, lorsque la créance nantie n'est pas arrivée à échéance, soit que la créance garantie elle-même ne soit pas arrivée à échéance, soit qu'elle soit échue mais que le créancier se contente d'attendre afin d'obtenir le paiement du sous-débiteur, son droit doit être seulement préférentiel. Cette affirmation repose sur des considérations liées à la fois au droit des sûretés et au droit de l'exécution forcée. Premièrement, le créancier nanti ne dispose pas du droit de jouir de la créance qui lui est donnée en sûreté (§1). Deuxièmement, le détour effectué par le droit de l'exécution forcée incite à comparer le nantissement davantage avec les mesures conservatoires qu'avec les procédures d'exécution forcée, ce qui pousse à conclure à l'absence d'effet translatif de la constitution du nantissement de créance (§2).

§1) L'absence de droit de jouissance du créancier nanti

163. Plan. Une bonne sûreté est une sûreté équilibrée : il faut que les intérêts du constituant comme ceux du créancier soient respectés. Mais cet équilibre varie selon les deux phases qui constituent la vie de la sûreté¹. Durant la phase dite « conservatoire », avant que la

¹ A ce propos, v. M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF* mars 2016, dossier 15, qui distingue les attributs « conservatoires » et les attributs « exécutoires » de la sûreté réelle, ainsi que M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie :

créance garantie ne soit échue, le créancier dispose essentiellement de prérogatives « défensives », qui lui permettent de s'assurer que son droit ne sera remis en cause ni par son débiteur, ni par les tiers¹. En revanche, une fois l'échéance de la créance survenue, le créancier peut adopter une posture plus offensive : il peut réaliser sa sûreté. Les sûretés réelles, en principe, ne confèrent donc pas de droit de jouissance à leur titulaire pendant la phase conservatoire (A). Cependant, eu égard à la nature particulière de certains biens, il peut arriver qu'un titulaire de sûreté soit autorisé par la loi à bénéficier du *fructus* du bien grevé. C'est notamment le cas du gagiste immobilier, l'architecture de sa sûreté étant tournée vers l'appréhension des revenus produits par l'immeuble qui en constitue l'assiette². Le créancier nanti qui a seul droit au paiement bénéficie-t-il d'un droit de jouissance analogue à celui du gagiste immobilier ? Il n'en est rien : les prérogatives de ces deux créanciers ne sont similaires qu'en apparence (B).

A) *Le principe d'absence de droit de jouissance du titulaire d'une sûreté réelle*

164. Distinction des sûretés avec et sans dépossession. De plus en plus de voix s'élèvent pour affirmer que la distinction des sûretés avec et sans dépossession perd de son importance. Alors qu'elle constituait la *summa divisio* du droit des sûretés dans le Code civil de 1804, elle a été remplacée en 2006 par le clivage qui sépare sûretés mobilières et immobilières. Il n'en demeure pas moins qu'elle conserve une valeur pédagogique certaine³, d'autant plus que la distinction retenue actuellement n'est pas parfaite⁴. Elle peut donc servir de base à l'étude générale du droit de jouissance du titulaire d'une sûreté réelle⁵.

une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », art. précité, n° 5. V., déjà, D. A. Imbroane, *Nature juridique du gage des créances*, th. Paris, 1939, n° 38, p. 158, qui parle de « période intermédiaire » pour caractériser le laps de temps qui s'écoule entre la constitution de la sûreté et l'échéance de la créance garantie.

¹ Sur lesquelles, v. *infra*, n° 556 et s.

² Marcadé définissait ainsi l'antichrèse comme « la convention ayant pour objet l'extinction du capital par les fruits » (*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, par P. Pont, T. IX, Delamotte, 1867, n° 1218, p. 680). V. également C. Mouly, « Antichrèse », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2085 à 2091, fasc. unique, juill. 2006, n° 2 et s.

³ N. Martial-Braz, « Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 35.

⁴ V. M. Bourassin, « Sûretés mobilières et sûretés immobilières, une véritable *summa divisio* ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 34, ainsi que C. Gijsbers, th. précitée, n° 610 et s., p. 617 et s., proposant une distinction entre sûretés hypothécaires et non-hypothécaires, idée développée *infra*, n° 817 et s.

⁵ L'étude des sûretés réelles par ce prisme permet de révéler que l'absence de droit de jouissance du bénéficiaire est un principe général. Toutefois, en matière de nantissement de créance, il pourrait être préférable de se référer à une autre *summa divisio*, celle des sûretés dont la réalisation passe par la vente de l'assiette et des sûretés sur créances monétaires, dont la vente de l'assiette est inutile, v. *infra*, n° 181.

165. Jouissance et sûretés avec dépossession. Les premières sûretés réelles fonctionnaient par la dépossession du constituant. Cette technique permet de s'assurer que le créancier sera protégé contre le détournement du bien par le débiteur, de rendre la sûreté publique aux yeux des tiers et d'individualiser son assiette¹. L'obligation de conservation qui pèse sur le bénéficiaire l'empêche généralement de disposer du bien. Mais, dans le cas des biens qui nécessitent une gestion suivie, cette même obligation ne lui permet-elle pas d'administrer le bien grevé comme il l'entend afin d'augmenter l'assiette de son gage ? C'est la question qui a été posée à la Cour de cassation à propos d'un nantissement de polices d'assurance-vie libellées en unités de compte. Le créancier entendait empêcher un arbitrage du souscripteur de la police au motif que le nouveau support choisi était volatil et risquait ainsi de faire diminuer l'efficacité de sa sûreté. Par la généralité de son attendu de principe, dans un arrêt du 12 juillet 2005, la Chambre commerciale a définitivement enterré l'idée d'un droit de jouissance du bénéficiaire d'une sûreté avec dépossession sur les biens grevés, en affirmant que « *la dépossession, qui fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donnée en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer* »².

166. Le pouvoir d'administrer le bien allant de pair avec le droit d'en jouir, c'est dire que le créancier ne peut jouir des biens donnés en sûreté, ce qui se comprend parfaitement. Avant l'échéance de la créance garantie, la police d'assurance-vie n'a pas quitté le patrimoine du débiteur-souscripteur. Elle n'est pas entrée dans le patrimoine du créancier. En tant que propriétaire, le débiteur est le seul qui puisse tirer profit de la valeur d'usage³ de son bien. Ce système correspond parfaitement au fonctionnement de la sûreté réelle dans le temps : durant la phase conservatoire, avant l'échéance de la créance garantie, le créancier ne bénéficie en

¹ Sur les fonctions de la dépossession, v., entre autres, L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 507, pp. 316-317 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 757 et s., p. 564 et s. ; J. Mestre, E. Putman ; M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 801 et s., p. 227 et s.

² Com., 12 juillet 2005, *Bull. civ.* IV, n° 175, p. 189 (n° 04-10214).

³ Sur cette notion et sur son complément, la valeur d'échange, v. G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 313, 1999, n° 426 et s., p. 263 et s. ; W. Dross, *Droit civil – les choses*, LGDJ, 2012, n° 9, p. 13 : « *le Code civil consacre cette distinction fondamentale et saisit ainsi les choses sous le seul prisme de leur valeur : la jouissance de l'article 544 n'est autre que la valeur d'usage, la disposition la valeur d'échange* » ; G. Romeyer-Dherbey, « Chose, cause et œuvre chez Aristote », in *Les biens et les choses en droit*, APD, T. 24, 1979, p. 127 et s., spé. pp. 135-136.

principe que des attributs défensifs de la sûreté. Par la dépossession, il s'assure que nul ne pourra nuire à l'intégrité de l'assiette de sa garantie. Pour ce faire, certaines prérogatives sont retirées au constituant. Mais le créancier n'a pas encore le droit de tirer profit des utilités du bien, il n'est précisément qu'un créancier¹. Les fruits du bien servent donc à augmenter le périmètre du gage commun des créanciers du constituant. Ce n'est qu'après l'échéance de sa créance que le bénéficiaire de la sûreté pourra la réaliser et ainsi exercer ses droits sur le prix ou obtenir l'attribution du bien. La date d'échéance de la créance joue donc un rôle essentiel dans la fixation de la teneur des droits du créancier. Avant cette date, il ne dispose par principe que des attributs minimums lui permettant de protéger ses intérêts².

167. Cette solution est seulement supplétive de volonté. La Chambre commerciale réserve en effet le cas d'une « *clause restrictive en faveur du créancier nanti* ». En présence d'une telle clause, dont les commentateurs ont observé qu'elle risquait fort de devenir une clause de style, le créancier nanti serait autorisé à administrer le compte en acceptant ou refusant les ordres émis par son débiteur. Il n'en demeure pas moins que le droit du créancier de jouir du bien grevé est seulement un *accidentalia*³ et ne fait certainement partie ni de l'essence, ni de la nature de la sûreté réelle⁴.

168. Jouissance et sûretés sans dépossession. La solution est encore plus évidente en matière de sûretés sans dépossession. Ces garanties ont été instituées dans le but de pallier les inconvénients économiques des sûretés avec dépossession. Dans ces dernières, en tout cas en matière de meubles corporels, ni le constituant ni le bénéficiaire ne peuvent tirer parti des

¹ C. Atias, « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, n° 7, p. 74 : « *Le gage prépare le recouvrement, en conservant dans un premier temps, puis dans un second temps en permettant la réalisation et l'exercice du privilège. Il ne supprime pas la propriété du débiteur ; mais il ne la laisse pas intacte* » ; Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, L. III, section IV, art. III, cité par J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 828, p. 261 : « *le créancier qui use de la chose engagée contre le gré du maître, commet une espèce de larcin. Car ce n'est point pour en user, mais pour la sûreté de la créance qu'il la tient en gage, et l'usage peut l'endommager* » ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 773, p. 183 : « *la dépossession met surtout l'accent sur la perte de prérogatives du constituant [...] Cette dépossession, qui détruit dans le patrimoine du débiteur l'usus, ne confère cependant pas au créancier un droit identique. Autrement dit, la perte de la possession ne se traduit pas par son transfert au profit du gagiste* ».

² Le droit belge, réformé par la loi du 11 juillet 2013, retient la même solution, son art. 42 indiquant que « *le créancier gagiste ne peut faire usage des biens grevés, sauf si et dans la mesure où cela est nécessaire pour leur conservation* ».

³ Sur la distinction des *essentialia*, *naturalia* et *accidentalia* v. *supra*, n° 128.

⁴ Il est d'ailleurs acquis qu'avant la réforme de 2006, le bénéficiaire d'un gage sur créance n'était aucunement titulaire d'un droit de jouissance sur la créance grevée, v. S. Quincartlet, *La notion de gage en droit privé français – ses diverses applications*, th. Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérou, 1937, p. 138 : « *comme dans le gage de meubles corporels, le gagiste n'a pas la jouissance du droit donné en gage qui continue à appartenir avec les prérogatives qui lui sont attachées au constituant* ».

utilités économiques du bien. Les sûretés sans dépossession présentent justement l'avantage de permettre au débiteur de continuer à exploiter son bien pendant toute la phase conservatoire de la sûreté. Il est tout à fait logique que celui qui exploite le bien en tire les fruits. Là encore, rien ne s'oppose à ce que les parties concluent une convention permettant au créancier de bénéficier des fruits du bien : un créancier hypothécaire pourrait ainsi se faire consentir une cession de loyers¹.

169. On voit donc bien que la distinction des sûretés réelles et des droits réels est parfaitement justifiée : les premières permettent seulement, en principe, à leur bénéficiaire, d'attendre l'échéance de leur créance en étant protégé contre les agissements du débiteur ou des tiers, alors que les seconds permettent à leur titulaire de bénéficier des utilités du bien². Cependant, la position du nanti diffère de la situation de la plupart des titulaires de sûretés. Alors que, pour ceux-ci, l'obligation de conservation de l'assiette de la sûreté leur commande ne pas porter atteinte à la substance du bien grevé, cette même obligation force celui-là, s'il a notifié sa sûreté, à demander le paiement de la créance nanti au sous-débiteur, sous peine de prendre le risque de voir l'assiette de son droit de poursuite disparaître. Il pourrait alors sembler plus naturel de comparer la situation du nanti à celle des créanciers auxquels la loi confère exceptionnellement un droit de jouissance sur l'assiette de leur sûreté.

¹ Ce qui le positionnerait dans une situation très proche de celle d'un gagiste immobilier, v. L. Jallès, *Etude comparée sur les effets de l'antichrèse et de la cession de loyers ou de fermages non échus*, th. Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1897, qui en fait une idée-force de sa thèse. L'article 2097-2 de l'avant-projet de réforme du droit mauricien des sûretés d'octobre 2013 se prononçait également en ce sens : les fruits sont perçus en principe par le constituant, sauf convention expresse des parties, v. G. Piette et G. Georgijevic, « La réforme du droit mauricien des sûretés », *RIDC* vol. 66, 2014-4, n° 37, p. 1082.

² C. Gijssbers, th. précitée, n° 27 et s., p. 24 et s. V., déjà, M. Chauveau, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *RCLJ* 1931, n° 8 et s., p. 548 et s., ainsi que n° 40 et s., p. 594 et s., spé. n° 48, pp. 610-611 : « *les privilèges généraux ou spéciaux, les hypothèques, le droit de rétention, même le privilège du créancier gagiste ne sont pas des droits réels [...] Le législateur accorde d'abord, grâce aux privilèges, aux hypothèques légales, un tour de faveur aux créanciers dont la situation mérite une protection particulière. Puis, il autorise le débiteur par une constitution de gage ou d'hypothèque conventionnelle, à placer, sous des conditions déterminées, sur un rang préférable, d'autres créanciers [...] si parfois le créancier peut saisir le bien aux mains d'un tiers, c'est ou bien la sanction de la faute par lui commise en négligeant de payer le créancier ou de recourir à la purge, ou bien l'application de la notion d'enrichissement injuste. Le tiers, en conservant la valeur affectée au paiement, priverait le créancier de l'avantage établi à son profit. En tout cas, ce créancier n'exerce sur la chose aucun pouvoir direct d'utilisation. Il n'y a pas de droit réel. Il n'y a pas jus in re* ».

B) L'octroi exceptionnel d'un droit de jouissance à certains créanciers

170. Un droit de jouissance accordé par la loi. Il arrive, de façon exceptionnelle, que la loi permette au créancier de jouir de l'assiette de sa sûreté. Le cas le plus connu est sans conteste celui du gagiste immobilier, autorisé à percevoir les fruits de l'immeuble grevé¹. C'est sur cette sûreté que nous allons raisonner par la suite, car l'analogie entre le droit exclusif du gagiste immobilier de percevoir les revenus de l'immeuble et le droit du nanti à percevoir les sommes issues de la créance nantie constitue l'un des arguments les plus forts qui soient développés par les partisans de l'exclusivité du droit du nanti². Mais il existe d'autres sûretés contenant un droit de jouissance d'origine légale : le gage avec dépossession sur choses fongibles en l'absence d'individualisation des biens³, le gage avec dépossession constitué sur un bien frugifère⁴, ainsi que les sûretés avec droit de *re use* garantissant les obligations financières⁵.

171. Il ne s'agit pourtant pas tout à fait d'une jouissance au sens où l'entend le droit des biens. Dans cette matière, la jouissance permet à son titulaire de s'approprier les fruits pour son propre compte⁶. Au contraire, la jouissance exceptionnellement octroyée au bénéficiaire d'une sûreté n'est qu'une jouissance « finalisée »⁷, « pour autrui »⁸. Le créancier n'a pas le droit de faire ce que bon lui semble de ces fruits, il est forcé de les imputer sur sa créance⁹. S'ils viennent

¹ Art. 2389 C. civ. Sur le droit du bénéficiaire d'un nantissement de films cinématographiques à la perception des recettes du film nanti, v. *infra*, n° 838 et s.

² V. C. Gijsbers, th. précitée, n° 33, p. 31 et, surtout, M. Julienne, th. précitée, n° 159 et s., p. 109 et s., spé. n° 165, p. 115 : « la figure du gage immobilier est [...] d'une importance majeure relativement à l'analyse du nantissement de créance. Elle révèle en effet que certaines sûretés reposent sur une prérogative originale et exclusive : le droit à l'usage et à l'exploitation du bien grevé. Or, dans le nantissement de créance, un tel droit ne serait rien d'autre qu'un droit au paiement direct fondé sur la qualité de créancier, et qui devrait donc se voir reconnaître la même efficacité que celui qui profite au gagiste immobilier ».

³ Art. 2341, al. 2 et 2342 C. civ.

⁴ Art. 2345 C. civ.

⁵ Art. L. 211-38, III CMF. Sur ce droit de réutilisation, v. *supra*, n° 58.

⁶ V., pour l'usufruit, les articles 582 et s. du C. civ.

⁷ L. Andreu et N. Thomassin, « Rétention immobilière et fruits civils », *RLDC* oct. 2010 : « on peut caractériser un principe fondamental, transcendant l'ensemble du droit des garanties, en vertu duquel la perception, par le créancier d'une obligation monétaire échue, de sommes d'argent revenant à son débiteur a vocation à emporter, à due concurrence, libération de ce dernier par imputation extinctive ». L'on verra toutefois par la suite que cette affirmation gagnerait à être nuancée en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur, v. *infra*, n° 245 et s.

⁸ C. Gijsbers, th. précitée, n° 36, p. 34 et s.

⁹ Art. 2345 C. civ. pour le gage avec dépossession et 2389 C. civ. pour le gage immobilier. V. déjà, à propos des intérêts d'une créance « gagée », A.-M. Demante, *op. cit.*, n° 311, p. 384 : « Le transport à titre de nantissement autorise incontestablement le créancier à les toucher ; mais il doit les recevoir en l'acquit de son débiteur, par conséquent les imputer sur ce qui lui est dû. Bien entendu que cette imputation se fait d'abord sur les intérêts, si la créance garantie par le gage en produit ; sinon elle se fait sur le capital ».

en déduction de la dette du constituant, c'est qu'ils sont sa propriété mais que l'ordre juridique accorde exceptionnellement une faveur au créancier : en appréhendant les fruits tirés de l'assiette de sa sûreté, il peut commencer à se faire rembourser alors même que sa créance n'est pas échue. On parvient à ce résultat par la combinaison de deux principes du droit des sûretés. D'une part, les sûretés sont accessoires à la créance garantie, elles sont à « *son service exclusif* »¹, ce qui justifie que les fruits du bien grevé puissent être affectés à son remboursement. D'autre part, la sûreté ne saurait constituer une source d'enrichissement pour le créancier, elle ne peut lui permettre d'obtenir davantage que ce qui lui est dû. Le droit de percevoir les fruits étant limité par l'impossibilité de s'enrichir, il est logique que le bien « *travaille* »² au profit du débiteur et que la perception des fruits diminue le *quantum* de sa dette. Bien que cette perception profite au débiteur, elle constitue également une prérogative très intéressante pour le créancier, qui peut être remboursé par anticipation. Une fois les fruits encaissés, la fungibilité de la monnaie lui permet de bénéficier d'un droit exclusif sur ces sommes, et ce peu importe la force de son droit de préférence sur le bien.

172. La loi confère donc à certains créanciers l'excellent avantage qui consiste à disposer d'un droit exclusif sur les fruits du bien grevé. Ce droit est acquis pour le bénéficiaire d'un gage avec dépossession sur bien frugifère et pour le gagiste immobilier. Ces deux créanciers sont titulaires d'un « *droit subjectif au paiement, permettant d'échapper au concours des autres créanciers* »³. En est-il de même pour le bénéficiaire d'un nantissement de créance ? Nous ne le pensons pas, et la comparaison de cette sûreté avec le gage immobilier semble conforter cette idée.

¹ M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, n° 21 et s., p. 115 et s.

² Ph. Théry, *op. cit.*, n° 321, p. 378. V. également J. Flour, *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, Les Cours de Droit, 1961-1962, p. 321 : « *Le droit de jouissance constitue, en apparence, la différence la plus notable entre antichrèse et gage. On sait, en effet, que le gagiste n'a pas le droit de se servir de la chose qui lui a été remise en gage. L'antichrésiste, au contraire, a la jouissance de l'immeuble : droit qu'il exerce, soit en l'occupant lui-même, soit en le louant. En fait, cependant, la différence est relativement minime. Les revenus que perçoit l'antichrésiste sont imputés sur ce qui lui est dû [...] C'est donc, en réalité, le débiteur qui continue à en profiter, puisqu'ils viennent en déduction de sa dette* ».

³ M. Julienne, th. précitée, n° 157, p. 108.

173. Le droit aux fruits du gagiste immobilier : présentation. Le gage immobilier, anciennement connu sous le nom d'antichrèse¹, confère deux prérogatives très intéressantes à son titulaire. Ce dernier dispose du droit de percevoir les fruits du bien² et d'un droit de rétention³, inhérent à la dépossession du constituant. La force du gage immobilier a longtemps constitué sa faiblesse : en raison de la dépossession, le créancier était forcé de conserver et d'entretenir l'immeuble, ce qui peut occasionner des frais très importants⁴. La pratique a réussi à rendre cette sûreté attractive à nouveau en ajoutant un bail au gage immobilier⁵. La validité de ce montage a été reconnue par la jurisprudence⁶ puis entérinée par l'ordonnance du 23 mars 2006⁷. C'est dire que la dépossession juridique suffit à la validité du gage immobilier. Ainsi débarrassée des inconvénients liés à la dépossession matérielle du bien, la sûreté, qui fait « *la part belle au créancier* »⁸, a été dotée d'un régime propre à s'attirer les bonnes grâces des dispensateurs de crédit. En effet, le créancier peut percevoir régulièrement les loyers de l'immeuble, les imputer sur sa créance pour se rembourser petit à petit, le tout sans être tenu des charges afférentes à l'entretien de l'immeuble.

174. L'on voit alors que la prérogative la plus importante pour le créancier consiste en son droit aux fruits. Il est « *de l'essence du contrat d'antichrèse* »⁹, c'est « *le cœur de l'institution* »¹⁰ ou encore « *ce qui légitime [la présence du gage immobilier] dans le Code*

¹ V., regrettant le changement de nom, P. Crocq, « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse ? », *RLDC* déc. 2008, ou encore F. Pérochon, « Gage immobilier, antichrèse, nantissement : la valse des étiquettes », *RPC* mars-avril 2010, comm. 64. L'avant-projet de réforme présenté par l'Association Henri Capitant prévoit cependant le retour du terme « antichrèse » au sein des futurs articles 2392 et s. du Code civil.

² Art. 2389, al. 1 C. civ.

³ Art. 2391 C. civ.

⁴ Si bien qu'on a pu affirmer que l'antichrèse « *cumule tous les défauts qu'on peut trouver en matière de sûretés* », c'est-à-dire le gaspillage du crédit du constituant et l'obligation pour le créancier d'entretenir le bien, qu'elle « *ne présente plus aucun attrait ni pour le débiteur ni pour le créancier, et pas plus pour l'intérêt général* » et, enfin, que sa suppression « *pourrait être envisagée sans inconvénient* », v. M. Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 273 et s.

⁵ Pour une description de ce mécanisme, v. F. Lejeune, « Une sûreté nouvelle : l'antichrèse-bail », *Journal des notaires*, 5 janv. 1986, n° 1, art. 58565, spé. pp. 575-576 : « *imaginons un bail de l'immeuble consenti au débiteur, ou au propriétaire caution, un instant de raison après la constitution de l'antichrèse qui, par ailleurs, contiendrait un ensemble de clauses dérogoatoires aux dispositions de l'article 2086 en ce qu'elles feraient reposer sur le débiteur l'obligation d'effectuer toutes les réparations, toutes les dépenses d'entretien, de payer toutes les charges afférentes à l'immeuble, et d'une manière générale feraient reposer sur sa tête la charge des risques de toute nature [...] Les loyers que le débiteur versera au créancier antichrésiste correspondront exactement au montant d'une part des intérêts et de l'amortissement du capital, d'autre part du prix de la jouissance de l'immeuble [...] lors de la dernière échéance du crédit, le créancier restituera la possession de l'immeuble à son propriétaire et le bail s'éteindra par confusion entre les qualités de preneur et de bailleur* ».

⁶ Civ. 3°, 18 décembre 2002, *Bull. civ.* III, n° 261, p. 226 (n° 01-12143) ; *D.* 2003. 963, obs. Ph. Delebecque.

⁷ Art. 2390 C. civ.

⁸ Ph. Delebecque, obs. précitées, n° 12.

⁹ CA Orléans, 30 octobre 1963 ; *D.* 1964. somm. 69.

¹⁰ M. Julienne, th. précitée, n° 160, p. 110.

civil »¹. Cette prérogative est la conséquence de la titularité du droit de jouissance conféré par la loi et la jurisprudence². L'analogie avec l'usufruit a souvent été relevée³. Mais si le droit de jouissance rapproche ces deux institutions, leurs natures les éloignent irrémédiablement : l'usufruit permet de jouir du bien de façon autonome alors que la jouissance du gagiste immobilier est au service de la créance garantie. Si le droit de percevoir les fruits de l'immeuble grevé possède une telle importance en matière de gage immobilier, c'est qu'il s'agit de l'unique prérogative conférée à son titulaire à l'origine^{4/5}. Toute l'architecture du gage immobilier reposait sur l'octroi des fruits au titulaire de la sûreté afin qu'ils lui tiennent lieu d'intérêts⁶. Après la fin de la prohibition du prêt à intérêt posée par le droit canonique, les fruits perçus grâce au gage immobilier ont dû être imputés sur les intérêts de la créance et, en cas d'excédent, sur le capital. De la sorte, tout soupçon d'usure était écarté. La dernière étape de l'évolution de l'antichrèse a consisté en un gommage de ses particularités et un alignement sur le régime des autres sûretés réelles par l'octroi d'un droit de préférence en cas de réalisation du bien⁷. C'est dire que le droit exclusif⁸ de percevoir les fruits du bien grevé n'est pas en contradiction avec la titularité d'un droit de préférence sur le bien lui-même.

¹ C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018, n° 354, p. 359.

² V., déjà, Civ., 31 mars 1851, *DP* 1851. I. 65.

³ L. Andreu et N. Thomassin, art. précité, emploient le terme « *usufruit-sûreté* » ; C. Gijssbers, th. précitée, n° 31, p. 29 ; D. R. Martin, « L'antichrèse », *JCP N* 1987. I. 299, qui parle d'« *usufruit-fiduciaire* » ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 1215, pp. 595-596.

⁴ Pour l'historique du gage immobilier, v. L. Jallès, th. précitée, p. 11 et s. ; v. également C.-E. Delvincourt, *Cours de Code civil*, T. III, Fournier, Paris, 1819, pp. 211-212 : « *L'antichrèse est un contrat par lequel un immeuble est remis à un créancier, pour en percevoir les fruits, à compte de sa créance [...] l'antichrèse n'est, dans notre droit, que le pouvoir accordé au créancier, de se payer sur les fruits provenant de l'immeuble* », ainsi que la première partie de la thèse d'H. Lobut, *L'antichrèse autrefois et aujourd'hui, son évolution historique, son rôle dans la pratique*, Paris, 1897, consacrée à « L'antichrèse avant le Code civil ».

⁵ V., analysant le gage immobilier comme un démembrement fiduciaire de la propriété du constituant, qui concède un droit réel de jouissance à son créancier, M. Mignot, « La nature juridique du gage immobilier », *LPA* 4 déc. 2014, p. 7 et s., spé. n° 11 et 24.

⁶ L'étymologie rend parfaitement compte de cette architecture initiale de la sûreté, v. Denisart, cité par L. Jallès, th. précitée, p. 11 : « *Le mot antichrèse est formé de deux expressions grecques, dont l'une signifie réciproque, et l'autre usage ; de sorte qu'il vient naturellement à l'esprit que l'antichrèse n'est autre chose que l'usage d'une chose donnée par le débiteur à son créancier, en compensation et pour lui tenir lieu des intérêts de ce qui lui a été prêté par le créancier* ».

⁷ A l'origine, l'antichrèse était dépourvue de droit de préférence, ce qui handicapait grandement le créancier en cas de saisie de l'immeuble grevé, v. H. Lobut, th. précitée, p. 198 et s. Il a été créé par la jurisprudence, mais son existence a été mise en doute du fait du peu de clarté des arrêts le reconnaissant, v. not. Civ., 31 mars 1851, précité. Aujourd'hui, plus personne ne lui conteste ce droit. V., à ce propos, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003, n° 855 et s., p. 641 et s.

⁸ Cette exclusivité vient de ce que le gagiste immobilier devient créancier des locataires de l'immeuble : les loyers n'ont pas à transiter par le patrimoine du débiteur, les sommes passant directement du patrimoine du locataire au patrimoine du gagiste immobilier, v. M. Julienne, th. précitée, n° 165, p. 115. L'exclusivité découle également de ce que la perception-imputation des loyers s'analyse comme un attribut conservatoire du gage immobilier et non une modalité de sa réalisation, ce qui exclut toute possibilité de concours, v. C.-A. Michel, th. précitée, n° 405, pp. 413-416.

175. Cette solution est parfaitement logique, car les deux droits concernent deux stades différents de la vie de la sûreté. Pendant la phase conservatoire du gage immobilier, le créancier peut percevoir seul les loyers, à charge de les imputer sur les intérêts puis le capital de sa créance. Pendant la phase de réalisation du gage immobilier, le créancier peut faire vendre le bien et se faire payer par préférence. Est-il étrange que le droit du créancier soit plus intense pendant la vie de la sûreté qu'au moment de sa réalisation ? Ce n'est là qu'un effet d'optique, la teneur des droits du gagiste immobilier changeant avec la survenance de la date prévue pour le remboursement¹ : avant l'échéance de la créance garantie, le créancier n'a le droit de percevoir que les fruits du bien ; après cette date, le créancier peut exercer ses droits sur le bien lui-même, afin d'en appréhender la contre-valeur. Cette distinction doit être reprise afin d'expliquer le mécanisme du nantissement de créance.

176. Selon les promoteurs du droit exclusif du créancier nanti, l'analogie du gage immobilier et du nantissement de créance fonctionne de la manière suivante : le gage immobilier confère un droit exclusif au paiement en faisant du gagiste le créancier des locataires de l'immeuble, ce qui lui permet de tirer parti des utilités du bien grevé, ce dont on peut déduire l'existence de droits exclusifs au paiement en droit des sûretés. Ainsi, la prérogative conférée par le nantissement de créance notifié peut tout à fait consister en un droit au paiement exclusif, ce qui permet au créancier de tirer parti des utilités de la créance grevée². Mais le créancier nanti est-il véritablement titulaire d'un droit de jouissance sur la créance grevée ? Il nous semble qu'il n'en est rien. L'idée que le créancier nanti soit titulaire d'un tel droit vient probablement de la distinction entre la valeur d'échange et la valeur d'usage de la créance³. Or, cette distinction nous semble artificielle lorsque le bien considéré est une créance de somme d'argent. Pour le démontrer, une étude sommaire du régime de l'usufruit des créances s'impose.

¹ V., déjà, L. Jallès, th. précitée, pp. 74-75 : « *Tant que le débiteur est au-dessus de ses affaires et exécute ses engagements, l'antichrèse produit son effet normal et aucun obstacle ne s'oppose à la jouissance du créancier. Il perçoit les fruits et les impute sur les intérêts qui lui sont dus, puis, s'il y a lieu, sur le capital de la dette. Lorsque l'époque prévue pour le remboursement arrive, il a le choix ou bien de conserver la possession de l'immeuble ou d'en poursuivre l'expropriation* ».

² En ce sens, M. Julienne, th. précitée, n° 162, p. 112, à propos du droit exclusif du gagiste immobilier sur les fruits de l'immeuble : « *il porte, non sur la valeur du bien, mais sur son utilisation et, si elle s'appliquait directement à une créance, une prérogative de ce genre conférerait à son titulaire un droit exclusif à l'utilisation de la créance, c'est-à-dire un droit exclusif au paiement* ».

³ Sur cette distinction, v. C. Gijsbers, th. précitée, n° 33, p. 31 et, déjà, C. Mouly, Compte-rendu de la thèse de M. Legeais, *RIDC* 1987, volume 39, n° 1, p. 295.

177. Nantissement et usufruit des créances. Il est certain que le régime juridique de l'usufruit n'est pas indifférent au paiement de la créance. Seulement, alors qu'il serait logique que l'usufruit s'éteigne en raison de l'extinction de son objet¹, il est acquis de longue date en jurisprudence que celui-ci se reporte sur les sommes perçues et que l'usufruitier acquiert la qualité de quasi-usufruitier². De là, l'on déduit que l'usufruitier est libre d'utiliser les sommes comme il l'entend, sauf à engager sa responsabilité lorsqu'il se met hors d'état de pouvoir les restituer au terme de l'usufruit. Lorsque l'usufruitier est dispensé de son obligation d'emploi³, nul ne peut le forcer à placer les sommes perçues⁴ ni à choisir un certain placement plutôt qu'un autre⁵. C'est dire que même tenu de conserver la substance de l'objet de son droit, l'usufruitier conserve une certaine liberté d'action, qui est la manifestation de son droit de jouissance⁶. Mais la jurisprudence ne distingue pas de façon nette le droit de jouissance sur la créance, qui est le droit de percevoir les sommes, et le droit de jouissance sur les sommes. Tout se passe en réalité comme si le droit de l'usufruitier portait dès le départ sur les sommes qui sont le produit de la créance⁷. Le droit de jouir des sommes se déduit donc naturellement du droit de jouissance sur la créance.

¹ R. Libchaber, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *D.* 1997. 615, n° 9.

² Civ. 1^{re}, 4 oct. 1989, *Bull. civ.* I, n° 308, p. 205 (n° 87-11142) ; v. également A. Françon, « L'usufruit des créances », *RTD Civ.* 1957. 1, n° 3, pp. 3-4 ; R. Libchaber, art. précité, n° 6.

³ Ce qui arrive assez fréquemment, v. M. Grimaldi, « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Deffrénois* 1999, p. 193 et s., spé. n° 6. Rapp. aussi, plus mesuré, M. Julienne, « Le paiement des obligations démembrées (*usufruit et nantissement de créance*) », in M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, n° 11, p. 128 : « *On affirme habituellement qu'une fois les fonds placés entre les mains de l'usufruitier, ce dernier dispose sur elles d'un quasi-usufruit. Il en deviendrait plein propriétaire, et le nu-propriétaire se trouverait dégradé au rang de simple créancier chirographaire. Cela n'est pourtant pas tout à fait vrai. Il y a bien des hypothèses dans lesquelles l'usufruitier n'est pas libre d'utiliser à sa guise le capital perçu, et doit en faire emploi* ».

⁴ Comp. toutefois F. Zenati, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n° 24, p. 625 : « *un tel usufruitier ne peut pas se contenter de dépenser l'argent qui est l'objet de son droit en laissant à ses héritiers le soin de rembourser. Il doit ici et maintenant effectuer des placements pour éviter la dévalorisation des deniers et, à ne pas le faire, il s'expose à des sanctions* ». Cette vision des choses a été critiquée par J. François, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.* 2012. 1493, n° 12, retenant l'idée que le quasi-usufruitier dispose d'une propriété affectée, car « *s'il est vrai que le pouvoir de disposition du quasi-usufruitier de sommes d'argent n'est pas libre, cette limitation découle de la vocation alimentaire de l'usufruit. Celle-ci explique que le quasi-usufruitier ne soit pas autorisé à dilapider les fonds sans souci du lendemain* ».

⁵ A. Françon, art. précité, n° 27 et 28, pp. 24-25.

⁶ Ce qui explique que l'on ait pu définir l'usufruitier comme « *le bénéficiaire de l'ensemble des utilités du bien grevé, à charge pour lui d'en conserver la destination* », v. E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD Civ.* 1995. 479, n° 24.

⁷ R. Libchaber, art. précité, n° 14 et 15. Il est d'ailleurs possible d'opposer l'usufruit des créances et le nantissement sur ce point : alors que l'usufruitier est celui qui a naturellement vocation à percevoir les fonds payés par le débiteur de la créance (v., par ex., Civ. 1^{re}, 4 octobre 1989, précité), le créancier nanti ne peut le faire que s'il a notifié l'existence de sa sûreté au sous-débiteur, v. M. Boutron-Collinot, *Les divisions de la créance*, th. Paris II, 2018, n° 482, p. 357, affirmant que « *contrairement au mécanisme de garantie qu'est le nantissement, en matière d'usufruit, le propriétaire ne peut troubler la jouissance de l'usufruitier* ».

178. Le régime de l'usufruit des créances éclaire alors la véritable nature du droit du créancier nanti. Rappelons que ce dernier peut certes recevoir le paiement de la créance nantie lorsqu'elle arrive à échéance, mais cela ne signifie pas qu'il puisse jouir des sommes reçues¹. Le débiteur de la créance nantie se libère par le paiement réalisé entre les mains du créancier nanti, mais les sommes perçues demeurent dans le patrimoine du débiteur de la créance garantie et appartiennent donc au gage commun de ses créanciers, à l'image de la créance dont elles prennent la place. La date d'échéance de la créance garantie joue là encore un rôle fondamental : le deuxième alinéa de l'article 2364 du Code civil dispose que, tant que la créance garantie n'est pas échue, le créancier nanti doit conserver les sommes perçues sur un compte, probablement bloqué². Cette règle implique non seulement que les sommes n'ont pas quitté le patrimoine du constituant, mais aussi que le créancier nanti n'est titulaire d'aucun droit de jouissance sur ces sommes, même pour autrui³. A ce stade, le créancier doit se contenter d'attendre l'échéance de sa créance. Il est donc excessif d'assimiler l'usufruitier et le créancier nanti pour l'unique raison que les deux sujets peuvent recevoir le paiement de la créance qui est l'objet de leur droit. Seul l'usufruitier, dont la volonté peut influencer sur le sort des sommes perçues, dispose d'un véritable droit de jouissance sur la créance. Au contraire, toute parcelle de liberté est niée au créancier nanti.

179. Le droit au paiement du créancier nanti. L'absence de droit de jouissance pour autrui peut également se démontrer en démontant la fausse analogie entre gage immobilier et nantissement de créance. Celui qui bénéficie d'une sûreté sur créance, bien qu'il ne « travaille »

¹ En effet, l'article 2363 C. civ. prévoit uniquement qu'après notification, « *seul le créancier nanti reçoit valablement paiement* » de la créance nantie. Les observations formulées à l'époque où le nantissement de marché public était utilisé sont donc toujours valables, car l'article 190 du Code des marchés publics disposait que « *le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement encaisse seul* » les sommes dues au titre du marché. Cette disposition n'empêchait pas MM. Mestre, Putman et Billiau d'affirmer que « *le texte ne dit pas à quel titre le créancier nanti encaisse la créance. On peut donc concevoir [...] qu'il encaisse pour le compte du débiteur lorsqu'il s'agit d'un simple nantissement* » (*op. cit.*, n° 939, p. 378 ; ce sont les auteurs qui soulignent). Le simple fait de recevoir le paiement n'implique pas la certitude que l'*accipiens* puisse conserver les sommes, v. *infra*, n° 212 et s.

² V., en faveur de l'obligation pour le nanti de conserver les sommes sur un compte bloqué, L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n. 217, p. 293 ; Comp. l'idée suivant laquelle, faute de précision des textes du Code civil, le fonctionnement du compte devrait être régi par la convention des parties, et qu'ainsi il se pourrait que le compte puisse fonctionner, v. C. Albigès et M.-P. Dumont, *Droit des sûretés*, Dalloz, HyperCours, 7^e éd., 2019, n° 527, p. 398. Le débat est ouvert, si bien que l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant, dans son art. 2364, prévoit que le compte doit nécessairement être bloqué.

³ Or, si le compte est bloqué, comme le dit M. Julienne, th. précitée, n° 213, p. 150, « *on peut [...] suggérer de reconnaître que l'article 2364 du Code civil – interprété « à la lumière » des dispositions relatives au gage – impose implicitement au créancier nanti une obligation de tenir les sommes séparées de ses deniers propres* ». L'auteur fait ici référence à l'art. 2341, al. C. civ. Même si une clause contraire peut permettre d'attribuer au nanti la faculté de disposer de ces sommes, ce n'est pas de l'essence du nantissement de créance.

pas ou peu, doit attendre l'échéance de la créance garantie pour obtenir satisfaction¹. L'obtention du paiement de la créance nantie n'est pour le créancier qu'un acte qu'il est obligé d'accomplir en raison de son obligation de conservation de l'assiette de sa sûreté². Contrairement au gagiste immobilier qui dispose exceptionnellement d'une prérogative exécutoire avant l'échéance de sa créance, le créancier nanti ne dispose que de prérogatives conservatoires à ce stade. Le gagiste immobilier possède un droit au paiement exclusif des créances de loyers dans la mesure où il peut percevoir les sommes puis les imputer sur le montant de sa créance avant même qu'elle n'arrive à échéance. A l'inverse, dans le cadre du nantissement de créance, on assiste à une décomposition du couple perception-imputation : si la perception des sommes peut intervenir durant la phase conservatoire car elle sert à conserver l'assiette de la sûreté, l'imputation ne peut se produire qu'au cours de la réalisation de la sûreté, après l'échéance de la créance garantie. L'on voit bien alors qu'il est illusoire d'affirmer que le droit de jouissance du créancier nanti constitue le fondement d'un droit exclusif au paiement³. Le créancier nanti peut seulement faire apparaître la « valeur d'usage » de la créance sans en profiter. Si le gage immobilier peut être qualifié d'« usufruit-fiduciaire », il n'en va pas de même en matière de nantissement de créance. Rien ne devrait donc empêcher un créancier préférable dont la créance est échue d'exercer ses droits sur la créance nantie⁴.

¹ Le créancier serait mal avisé d'attendre sa satisfaction de la perception des intérêts de la créance. Tout d'abord, parce que les créances produisent rarement des intérêts. Ensuite, parce que les intérêts sont bien plus que le « leyer de l'argent » ou de simples fruits, ce qui implique la nécessité de passer une convention spéciale avec le débiteur. Le droit des sûretés post-ordonnance de 2006 est ainsi bien plus respectueux de la nature des intérêts que le droit antérieur, qui permettait au gagiste sur créance de percevoir les intérêts par principe (art. 2081 anc. C. civ.). Sur tous ces points, v. W. Dross, *op. cit.*, n° 15-2, p. 21 ; R. Libchaber, art. précité, n° 8.

² V., déjà, le raisonnement de P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 248, 1995, n° 329, pp. 284-285 : « Il semble ainsi apparaître un principe général suivant lequel le titulaire d'un droit réel sur une créance, tenu d'une obligation de conservation de l'objet de son droit, doit recouvrer celle-ci si la créance arrive à échéance avant que son droit réel n'ait disparu [...] Le créancier peut et même doit recouvrer la créance à l'échéance. Ce pouvoir et cette obligation découlent de son obligation de conservation du gage. Il n'est pas possible de dire que ce recouvrement équivaut à une réalisation du gage alors que la créance garantie n'est pas exigible car le paiement n'est pas une réalisation du gage qui permettrait de disposer librement de la somme ainsi obtenue ».

³ Par ailleurs, on notera que le créancier nanti n'a pas de droit au paiement lorsqu'il n'a pas notifié sa sûreté, et alors on voit mal comment justifier le droit de jouissance d'un créancier sur une créance qui fait partie du patrimoine du débiteur, alors même que c'est le débiteur qui reçoit le paiement.

⁴ V., à ce propos, C. Albigès et M.-P. Dumont, *op. cit.*, n° 528, p. 398, citant le droit du vendeur réservataire sur la créance de revente ou celui du titulaire d'une action directe ; Ph. Delebecque, « Les sûretés sur créances monétaires », art. précité, n° 14, p. 92 : le débiteur de la créance nantie « doit payer la créance telle qu'elle est : si cette créance est déjà grevée d'une sûreté constituée ou née antérieurement au nantissement, on ne voit pas comment il pourrait ne pas la respecter » ; H. Synvet, « Le nantissement de compte », art. précité, n. 13, p. 64 : « on hésitera toutefois à faire prévaloir le créancier nanti sur le créancier alimentaire faisant valoir son droit à paiement direct contre un dépositaire de fonds, compte tenu des termes de l'article 2 de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 (« La demande vaut sans autre procédure et par préférence à tous autres créanciers, attribution au bénéficiaire des sommes qui en font l'objet au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles »). Dès lors que l'on admet que le créancier alimentaire pourrait agir sur ces sommes, le ver est dans le fruit : le raisonnement se fait en termes de droits de préférence et de concours. Comment refuser alors au Trésor Public, par exemple, ce que l'on octroierait au créancier alimentaire ? En ce sens, M.

180. Le droit exclusif du créancier nanti ne peut donc être déduit de son droit de jouir de l'assiette de sa sûreté¹. Avant l'échéance de sa créance, le nanti ne dispose aucunement du droit de percevoir puis imputer les sommes issues de la créance nantie. Il ne peut que percevoir ces sommes et attendre cette échéance. Cette notion joue donc un rôle fondamental dans l'examen du fonctionnement de la sûreté qui nous occupe. Il semble alors judicieux d'analyser le nantissement de créance à l'aune du droit des procédures civiles d'exécution, qui met également l'accent sur la notion d'exigibilité de la créance et a su traiter le bien-crédence avec tous les égards dus à ses particularités². Une telle étude permettra de conclure à l'absence d'effet translatif du nantissement de créance.

§2) L'absence de transfert de la créance nantie au bénéficiaire

181. Plan. C'est un lieu commun que de remarquer que le droit des procédures civiles d'exécution et le droit des sûretés entretiennent des rapports étroits³. Tous deux tournés vers l'exécution de l'obligation, le premier vient au secours du second lorsque le débiteur est récalcitrant. Mais, ici aussi, l'idée d'exigibilité est essentielle : pas de mesure d'exécution forcée sans titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible⁴ ! C'est donc la date d'exigibilité de la créance qui fixe la limite entre la période durant laquelle le créancier voit ses

Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », art. précité, n° 45, qui estime que les privilèges des frais de justice, du Trésor et du conservateur permettent de « passer devant » le créancier nanti. Le droit belge, qui reconnaît un droit au paiement direct au créancier nanti, prévoit par ailleurs dans l'art. 67 de la loi du 11 juillet 2013 que « *si une voie d'exécution ou une saisie conservatoire a été pratiquée sur la créance gagée, le tiers-débiteur est tenu de payer entre les mains de l'huissier de justice, lequel procède conformément aux articles 1627 et suivants du Code judiciaire* [lesquels composent un chapitre intitulé « De la distribution par contribution] ». *Contra*, L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 577, pp. 512-513, dont le raisonnement se fonde sur l'existence d'un droit de rétention au profit du nanti.

¹ Ceci est d'autant plus vrai en matière de nantissement de compte qu'aux termes de l'art. 2360 C. civ., le constituant est autorisé à faire fonctionner son compte comme bon lui semble.

² En ce sens, Ph. Théry, *op. cit.*, n° 257, p. 322 : « *le droit de l'exécution devrait ici servir d'exemple au droit des sûretés. En effet, les mesures d'exécution sur les créances n'aboutissent jamais à la vente des créances saisies. Soit elles sont immédiatement attribuées au saisissant, soit elles sont réparties entre les divers créanciers intervenants. D'une manière ou d'une autre, la seule solution qui convienne est de laisser au créancier gagiste le soin d'encaisser la créance* ».

³ V., entre autres, A. Aynès, « Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances », in *Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, Procédures* n° 8-9, août 2008, dossier 12 ; M. Bandrac, « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 49 ; A. Leborgne, *Droit de l'exécution*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2019, n° 6, p. 7 ; R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 4, p. 3 et s. ; S. Piedelièvre, *Procédures civiles d'exécution*, Economica, Corpus droit privé, 2016, n° 1, p. 2 ; G. Taormina, « Réflexions sur le droit des sûretés à l'épreuve du droit de l'exécution forcée », *RRJ* 2003-2, p. 1868.

⁴ Art. L. 111-2 CPCE, *a contrario*.

options cantonnées à la mise en œuvre de mesures conservatoires¹ et celle au cours de laquelle il pourra véritablement poursuivre l'exécution forcée. Toutefois, la comparaison nous intéresse également car, à l'instar du droit des sûretés, le droit des procédures civiles d'exécution est « *du droit sur du droit* »², ce qui oblige à prendre en compte les particularités des biens sur lesquels s'exercent les procédures. A ce propos, les créances de sommes d'argent se distinguent très fortement des meubles corporels en ce que leur réalisation ne doit pas passer par une vente, mais par une attribution au saisissant³. En revanche, la différence ne se fait pas autant sentir en matière de saisies conservatoires, la protection du créancier passant toujours par l'indisponibilité du bien⁴. Les solutions retenues en matière d'exécution forcée sur les créances vont donc pouvoir servir de guide afin de trancher la question de la vigueur du droit du créancier nanti, en particulier grâce à la distinction essentielle que formule le droit de l'exécution entre attribution et paiement de la créance. Il faut alors s'intéresser aux conditions dans lesquelles le droit de l'exécution forcée permet l'attribution d'une créance, pour déterminer s'il est possible de raisonner par analogie en matière de nantissement de créance. La notification du nantissement est-elle assimilable à une mesure d'attribution de la créance, auquel cas le droit du bénéficiaire du nantissement serait exclusif ? La réponse semble devoir être négative (A). En revanche, la comparaison de son droit et des mesures conservatoires, dont le seul effet est de rendre le bien saisi indisponible, est bien plus fructueuse (B).

¹ Aux termes de l'art. L. 511-1 CPCE, une créance simplement fondée dans son principe et dont le recouvrement paraît menacé suffit à justifier le recours à une telle mesure. V. J.-C. Boulay, art. précité., n° 86, p. 367.

² R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 4, p. 4. V. également Ph. Théry, « La place des procédures civiles d'exécution », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 1, n° 5. En matière de droit des sûretés, on peut se référer à L. Aynès, « Un droit en pleine évolution », *Dr. et Patr.* juill. 2002 : « le droit des sûretés est un droit « dérivé » en ce sens qu'il se nourrit des techniques du droit des obligations (l'engagement de payer) et du droit des biens (la notion de droit réel accessoire) ».

³ En ce sens, J.-J. Ansault, *Procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019, n° 347, p. 341 ; Ph. Delebecque, « Les nouvelles procédures civiles d'exécution », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 15, spé. n° 7 ; A. Leborgne, *op. cit.*, n° 966, p. 491 ; R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 367, pp. 371-372 ; S. Piedelièvre, *op. cit.*, n° 386, p. 403 : « les procédures d'exécution forcée sont nombreuses. Elles apparaissent souvent comme la conséquence du particularisme du bien qui en fait l'objet. On ne traite pas de la même façon la saisie d'un fonds de commerce et celle d'un aéronef. Il existe surtout une catégorie particulière de meubles qui simplifie la mesure d'exécution, à savoir les créances de sommes d'argent. Pour elles, il n'y a pas lieu de réaliser le bien, alors que pour les autres meubles, cela est nécessaire » ; P. Robino, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, th. Bordeaux, Imprimerie Delmas, 1949, pp. 173-174 : « d'une façon générale, les procédés d'exécution sont différents suivant qu'ils portent sur un bien corporel ou un bien incorporel (créance). L'exécution s'opère directement sur les créances, alors qu'elle se poursuit indirectement sur les biens corporels, au moyen d'une vente suivie d'une distribution par contribution » ; Ph. Théry, « Le droit commun des procédures civiles d'exécution est-il apte à saisir l'incorporel ? », in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité*, *RLDC* nov. 2009, n° 4, à propos du dénouement de l'ancienne saisie-arrêt sur créance : « le parti adopté trouvait sa justification la plus solide dans la spécificité des créances de sommes d'argent qui, seules parmi tous les biens susceptibles de saisie, ne peuvent être vendues aux enchères ».

⁴ Art. L. 521-1, al. 2 CPCE.

A) *Nantissement de créance et procédures d'exécution forcée*

182. Procédures d'exécution immédiatement attributives. La loi du 2 janvier 1973 a institué la première procédure d'exécution forcée permettant une attribution immédiate de la créance : le paiement direct des créances alimentaires¹. La particularité de cette mesure tient en ce qu'elle est tournée vers l'avenir : par un acte unique, le créancier se voit attribuer les créances du saisi sur le tiers saisi au fur et à mesure de leur exigibilité². Cette singularité découle naturellement de l'originalité de la créance d'aliments, qui naît chaque mois avec le besoin du créancier.

183. La saisie administrative à tiers détenteur³ est la plus ancienne des procédures d'exécution forcée permettant une attribution immédiate de la créance, mais cet effet ne lui était pas attaché à l'origine. Née avec une loi du 12 novembre 1808, elle concerne le recouvrement des créances fiscales du Trésor Public⁴. Elle ne pouvait initialement être utilisée que dans le domaine des créances garanties par le privilège du Trésor Public, preuve de la coordination du droit des sûretés et du droit de l'exécution⁵. Toutefois, son effet attributif immédiat date seulement de la réforme du droit des procédures civiles d'exécution^{6/7}. Là encore, l'attribution

¹ Ce qui ne représente qu'une pièce du régime façonné patiemment par la loi et la jurisprudence dans le but de protéger le créancier d'aliments, v. Ph. Théry, « *Beati esurientes...* Les aliments devant la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à Pierre Drai – Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 641 et s.

² Art. L. 213-2 CPCE.

³ Autrefois appelée « avis à tiers détenteur », cette procédure concerne désormais toutes les créances du Trésor Public, qu'elles soient privilégiées ou non.

⁴ V. les art. L. 262 et s. du Livre des procédures fiscales.

⁵ La remarque vaut de la même manière pour le créancier d'aliments. V. également *infra*, n° 355.

⁶ La jurisprudence avait auparavant réduit l'efficacité de l'avis à tiers détenteur en déclarant qu'il ne produisait son effet attributif qu'à l'issue du délai de contestation ouvert au redevable de l'impôt, v. P. Ancel, « L'exécution par la puissance publique », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 135, n° 22 ; C. Brenner, obs. sous Ch. Mixte, 26 janvier 2007, *Bull. mixte*, n° 1, p. 1, *Gaz. Pal.* 9 oct. 2007, n° 282, p. 10, ainsi que G. Taormina, « Brèves remarques sur la modification de l'article L. 277 du Livre des procédures fiscales et la nature juridique de l'avis à tiers détenteur », *D.* 2004. 360 : « dans l'acception classique du droit privé de l'exécution forcée, l'avis à tiers détenteur a toujours été considéré comme une saisie d'exécution et non comme une mesure conservatoire, puisqu'il est nécessaire que le créancier justifie de l'existence préalable d'un titre exécutoire [...] or, il faut avoir à l'esprit que, avant la réforme des procédures civiles d'exécution, l'avis à tiers détenteur, comme l'ancienne saisie-arrêt, comportait successivement les effets d'une saisie conservatoire, puis ceux d'une saisie d'exécution. Il avait donc un caractère conservatoire jusqu'à l'expiration du délai de recours de deux mois pour former une contestation, moment à partir duquel seulement s'opérait le transfert de la propriété des sommes saisies au créancier saisissant ».

⁷ L'art. L. 263 du Livre des procédures fiscales fait expressément référence à l'art. L. 211-2 CPCE régissant l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution. Ce renvoi ne vaut que pour le texte cité. Pour le reste, la Cour de cassation a affirmé que l'avis à tiers détenteur et la saisie-attribution sont deux procédures distinctes et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le régime de la seconde au premier, hors texte exprès : Ch. Mixte, 26 janvier 2007, précité (dans cette affaire, la Cour a posé comme principe que l'obligation de renseignement qui pèse sur le tiers saisi en matière de saisie-attribution n'existe pas en matière d'avis à tiers détenteur). L'autonomie des deux procédures ne fait aucun doute, v. S. Rezek, « Différences et ressemblances entre l'avis à tiers détenteur et la saisie-attribution », *JCP N* 2002. 1623.

immédiate de la créance du redevable sur le tiers saisi permet à l'Administration d'obtenir aisément le paiement des créances fiscales en souffrance.

184. La plus importante est sans conteste la saisie-attribution, véritable « *voie d'exécution de droit commun* »¹, qui peut être utilisée par tout créancier muni d'un titre exécutoire². Instituée par la loi du 9 juillet 1991 réformant le droit des procédures civiles d'exécution, elle a généralisé le mécanisme de l'effet attributif immédiat. La simple notification de l'acte de saisie suffit à déclencher cet effet³. L'instauration de cette procédure constitue un progrès immense par rapport à l'ancienne saisie-arrêt⁴. Celle-ci se décomposait en deux phases : une phase conservatoire, au cours de laquelle un créancier quelconque faisait défense au tiers de payer son créancier, puis une phase exécutoire, après qu'un jugement de validité était passé en force de chose jugée. L'attribution n'avait lieu qu'une fois le jugement rendu, par l'acquisition d'un droit direct et exclusif contre le tiers saisi. Cette procédure était très critiquée pour sa longueur, notamment en raison du traitement identique imposé à tous les créanciers, qu'ils soient pourvus ou non de titre exécutoire.

185. Ces trois procédures sont les mesures d'exécution forcée sur créances les plus utilisées et produisent toutes un effet attributif immédiat. Peut-on considérer que la notification du nantissement de créance produit un tel effet ? Il nous semble que cette solution serait parfaitement illogique, comme on s'en convaincra en examinant le fonctionnement des mesures d'exécution précitées.

186. Fonctionnement de ces procédures. L'attribution immédiate, quelle que soit la procédure considérée, vaut transfert de propriété de la créance⁵. Une fois les formalités

¹ Ph. Delebecque, « Les nouvelles procédures civiles d'exécution », art. précité, n° 18.

² Art. L. 211-1 CPCE.

³ Art. L. 211-2 CPCE.

⁴ Sur le détail de la procédure de saisie-arrêt, v. M. Donnier, « Bilan du droit de la saisie-arrêt face au nouveau Code de procédure civile », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 199 et s. ; E. Glasson, R. Morel, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T. IV, Sirey, 3^e éd., 1932, p. 177 et s.

⁵ J.-J. Ansault, *op. cit.*, n° 367 et s., p. 361 et s. ; Ph. Delebecque, « Les nouvelles procédures civiles d'exécution », art. précité, n° 18 : « sur les créances qui ne sont pas des rémunérations, le créancier peut s'engager dans une procédure [...] de saisie-attribution. Son effet est plus radical, puisqu'elle emporte attribution immédiate de la créance saisie disponible entre les mains du tiers saisi. Le créancier est, dès l'acte de saisie, « investi » d'un droit de propriété sur la créance saisie. Tout se passe comme si le transfert de propriété était instantané » ; A. Leborgne, *op. cit.*, n° 1038 et s., p. 523 et s. ; S. Piedelièvre, *op. cit.*, n° 475, p. 492 ; G. Taormina, « Réflexions sur le droit des sûretés à l'épreuve du droit de l'exécution forcée », art. précité, p. 1872. Ce

accomplies¹, le saisi perd la qualité de créancier du tiers saisi, qualité qui est immédiatement octroyée au saisissant. La mesure est donc plus énergique que le nantissement de créance, dans lequel il n'y a pas attribution de la créance, celle-ci demeurant dans le patrimoine du constituant². Toutefois, l'attribution ne suffit pas à satisfaire le saisissant car elle lui permet seulement de devenir créancier : encore faut-il que son nouveau débiteur lui paye ce qui lui est dû³. L'effet attributif immédiat n'en demeure pas moins extrêmement intéressant pour le saisissant, dans la mesure où le transfert de propriété lui permet de se placer hors concours⁴. Aucun autre créancier du saisi ne pourra contester son droit exclusif sur la créance saisie⁵.

187. Mais cette position extrêmement enviable ne peut être obtenue par tout créancier quelle que soit sa situation. Encore faut-il que sa créance soit exigible⁶. La solution est on ne peut plus logique : si le débiteur dispose d'un terme, il serait injuste de l'en priver. Si la créance n'est pas exigible, le débiteur ne doit rien avant l'expiration du terme⁷. Il paraît donc impossible de faire sortir la créance du gage commun de ses créanciers. Le simple fait d'accorder un délai au débiteur signifie que le créancier renonce momentanément à exercer une procédure d'exécution forcée à son égard⁸. Le principe est donc qu'en droit de l'exécution, il n'existe pas

transfert de propriété a également été reconnu par la jurisprudence en matière d'avis à tiers détenteur, v. Com., 16 juin 1998, *Bull. civ. IV*, n° 201, p. 167 (n° 95-16864) : « après avoir relevé que la créance de M. Y. contre M. X. avait un caractère chirographaire, l'arrêt retient, à bon droit, qu'elle conserve ce caractère à l'égard du Trésor public, l'avis à tiers détenteur ayant pour effet de transporter la créance du contribuable contre le tiers dans le patrimoine du Trésor et non de conférer à celui-ci une créance d'impôt sur ce tiers » (c'est nous qui soulignons). Cette solution peut être étendue sans peine à la saisie-attribution, l'effet attributif immédiat étant identique dans les deux procédures. C'est aussi la vision de la loi, l'art. L. 211-2 CPCE indiquant que les accessoires de la créance sont transmis avec elle.

¹ Par la signification de l'acte de saisie (L. 211-2 CPCE), la réception de l'avis à tiers détenteur (L. 263 Livre des procédures fiscales) ou la simple demande de paiement (L. 213-2 CPCE).

² H. Synvet, « Le nantissement de compte », art. précité, p. 66, estime ainsi que le titulaire d'un nantissement de compte n'a nullement besoin d'un mécanisme translatif.

³ Ph. Théry, « Le droit commun des procédures civiles d'exécution est-il apte à saisir l'incorporel ? », art. précité, n° 1, *in fine* : « comme dans toute opération de transmission de créance, la créance apparaît sous sa double nature. Comme bien, elle peut être transmise. Mais à la différence de la transmission d'un autre bien, cette transmission n'est pas une fin en soi. Le lien personnel revient ensuite au premier rang, parce qu'il faut obtenir le paiement du débiteur de la créance transmise ».

⁴ Toutefois, *nemo plus juris*, les causes légitimes de préférence constituées avant que le transfert de la créance ne bénéficie au créancier saisissant s'imposent à lui.

⁵ Art. L. 211-2, al. 2 CPCE pour la saisie-attribution, sauf cas particulier de deux saisies pratiquées le même jour ; Art. L. 263 du Livre des procédures fiscales pour l'avis à tiers détenteur, qui renvoie au régime de la saisie-attribution sur ce point ; Art. L. 213-2 CPCE pour la procédure de paiement direct des créances alimentaires.

⁶ Art. L. 211-1 CPCE pour l'exigence d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible pour mettre en œuvre une saisie-attribution ; art. L. 262 du Livre des procédures fiscales qui dispose que l'avis à tiers détenteur peut être utilisé pour se faire attribuer une créance « à concurrence des impositions dues par ces redevables » ; art. L. 213-1 CPCE qui pose le principe que la procédure de paiement direct des créances alimentaires peut être utilisée dès lors « qu'une échéance d'une pension alimentaire n'a pas été payée à son terme ».

⁷ Aussi, le simple titre exécutoire ne suffit pas, encore faut-il que la créance constatée soit liquide et exigible, v. Y. Desdevises, « Le titre exécutoire requis », in *Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, Procédures* n° 8-9, août 2008, dossier 3, n° 12.

⁸ A. Leborgne, *op. cit.* n° 407-408, p. 222 ; R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 122, p. 130 ; S. Piedelièvre, *op. cit.*, n° 100, p. 106.

de procédure permettant l'attribution immédiate d'une créance avant que la créance dont le titulaire poursuit l'exécution ne soit arrivée à échéance.

188. Comparaison avec le nantissement de créance. On sait qu'en matière de nantissement de créance, la majorité des auteurs se prononce en faveur de l'exclusivité du droit au paiement du nanti, et ce dès la naissance de sa sûreté. Cette solution n'est pas satisfaisante car elle entre en contradiction flagrante avec les principes posés par le droit de l'exécution.

189. Alors que les textes ne se prononcent pas clairement sur ce point, comment justifier que le titulaire d'une sûreté réelle, dont la créance n'est pas échue, puisse disposer d'un droit exclusif sur un bien de son débiteur ? Il n'est même pas le seul à pouvoir recevoir le paiement de la créance nantie dans la mesure où, s'il ne notifie pas sa sûreté, le constituant reçoit le paiement et, s'il a notifié, il est obligé d'appeler le constituant à l'action en paiement, sachant que là encore celui-ci pourrait poursuivre l'exécution lui-même¹. L'information du débiteur de la créance nantie ne prive donc pas le constituant de tout droit sur son bien, ce qui condamne la thèse de la notification attributive de créance. On chercherait en vain ce qui pourrait justifier que le titulaire d'une créance qui n'est pas arrivée à échéance dispose de droits aussi énergiques que celui qui bénéficie d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible. Sauf exception précisée clairement dans la loi, comme c'est le cas, par exemple, en matière de fiducie du Code civil², le créancier ne doit pas pouvoir disposer d'un droit exclusif sur un bien de son débiteur avant la survenance du terme. Faute d'être exprimée clairement dans les articles 2363 et suivants du Code civil, on ne peut faire reposer l'existence du droit exclusif du nanti sur une interprétation de textes flous. Le couple notification/paiement n'est donc pas la traduction, dans le régime du nantissement de créance, du schéma attribution/paiement des procédures d'exécution forcée.

¹ Art. 2363, al. 2 C. civ.

² Art. 2372-1 et 2488-1 C. civ., qui indiquent clairement que le droit exclusif du fiduciaire repose sur un transfert de propriété, bien que l'on puisse en contester la réalité, v. *supra*, n° 70 et s.

190. Il est également certain que la propriété de la créance nantie n'est pas transférée à l'échéance de la créance garantie¹. Si tel était le cas, quel besoin aurait le créancier de la faculté d'attribution qui lui est offerte par l'article 2365 du Code civil ? Si une option est ouverte entre l'attente de l'échéance de la créance nantie et son attribution c'est que, par essence, le nantissement n'a pas pour effet de transporter la créance nantie dans le patrimoine du créancier². La sûreté n'emportant pas attribution de la créance, on voit que la comparaison du nantissement et des mesures d'exécution forcée n'est pas pertinente. Le droit du créancier nanti sur la créance n'est exclusif ni avant l'échéance de la créance garantie, ni après, et l'exercice de sa faculté de notification n'a aucune influence sur ce point. La créance nantie ne peut entrer dans le patrimoine du créancier nanti que s'il décide d'utiliser la faculté d'attribution, judiciaire ou conventionnelle, qui lui est offerte par la loi. Le droit exclusif du nanti naît donc après l'échéance de la créance garantie, ce qui ne permet pas de trouver un fondement à la prétendue exclusivité présente dès la constitution du nantissement. La comparaison de cette sûreté avec les mesures d'exécution forcée attributives de la créance objet de la saisie n'est donc pas pertinente. En revanche, la comparaison du nantissement et des mesures conservatoires est bien plus fructueuse.

B) Nantissement de créance et saisie conservatoire

191. Mesures conservatoires sur créances. Lorsque l'on parle de mesures conservatoires sur créances, la première technique qui vient à l'esprit est, bien évidemment, la saisie conservatoire des créances. Conçue par la jurisprudence³, elle a été intégrée dans le Code des procédures civiles d'exécution par la réforme du 9 juillet 1991. Mais, sans se limiter au droit positif, on peut également mentionner la phase initiale de la saisie-arrêt. En effet, avant

¹ Dans le même sens, P. Bloch, « Vers un renforcement de la cession de créance à titre de garantie ? », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, n° 14, p. 9 : « le nantissement de créance de droit commun, même valablement signifié au débiteur, présente des faiblesses faute de transfert de propriété au créancier nanti, ce qui entrave fortement l'efficacité de ses droits, notamment en cas de procédure collective de son débiteur », ou encore Ph. Dupichot, « Le nantissement », *LPA* 27 mars 2008, p. 27 et s., n° 2. Ceci permet de distinguer le nantissement de créance du gage-espèces selon la jurisprudence, v. Com., 6 février 2007, n° 05-16649, *RDC* avril 2008, p. 425 et s., obs. A. Aynès.

² Rapp. M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », art. précité, n° 37 ; Ph. Théry, obs. sous Com., 19 décembre 2006, *Defrénois* 2008, n° 4, p. 419 : « Ce droit exclusif, s'il existait, ne rendrait-il pas inutiles le pacte comissoire et l'attribution judiciaire ? ».

³ Civ., 17 avril 1961 ; D. 1961. 644, n. P. Raynaud.

que le jugement de validité ne soit passé en force de chose jugée, la signification de l'acte de saisie-arrêt déclençait l'ouverture d'une phase conservatoire. Si « *une comparaison entre la saisie-attribution et la saisie-arrêt n'est pertinente que si l'on compare l'acte de saisie-attribution avec le jugement de validité et non avec l'acte de saisie-arrêt* »¹, inversement, une comparaison entre la saisie-arrêt et la saisie conservatoire des créances n'est pertinente que si l'on compare l'acte de saisie conservatoire avec l'acte de saisie-arrêt. Ces deux actes rendent la créance saisie indisponible, ce qui pourrait tout à fait constituer l'effet principal de la notification au sein du nantissement de créance.

192. Indisponibilité de la créance saisie. Que l'on s'intéresse à la saisie conservatoire ou à la phase conservatoire de la saisie-arrêt, l'on observe deux procédures dans lesquelles le créancier n'a pas le droit de poursuivre le tiers saisi. En effet, le transport de la créance n'avait lieu qu'avec le passage en force de chose jugée du jugement de validité dans le cadre de la saisie-arrêt, tandis qu'il ne peut se réaliser qu'en cas de conversion en procédure de saisie-attribution pour la saisie conservatoire². Le saisi reste titulaire de sa créance, qui appartient toujours au gage commun de ses créanciers, et le saisissant ne bénéficie alors pas d'un droit exclusif sur l'objet de la saisie.

193. L'avantage autrefois conféré par la phase conservatoire de la saisie-arrêt comme par la saisie conservatoire consiste en l'indisponibilité de la créance saisie³. Cela signifie que le débiteur saisi perd la jouissance de sa créance et que le tiers saisi ne peut plus se libérer entre ses mains. S'il le fait, ce paiement sera inopposable au saisissant. On parle alors de gel de la créance⁴, dans la mesure où le débiteur saisi n'a plus l'usage de sa créance, bien qu'elle demeure dans son patrimoine. Mais cette indisponibilité est doublement relative. Quant à la créance saisie, d'abord : l'acte de saisie-arrêt comme l'acte de saisie conservatoire ne rend la créance indisponible qu'à concurrence du montant de la créance cause de la saisie. En échange de ce

¹ R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n. 1, p. 375.

² Art. L. 523-2 CPCE.

³ Pour la saisie-arrêt, v. E. Glasson, R. Morel, A. Tissier, *op. cit.*, n° 1117, p. 264, ou encore P. Robino, th. précitée, p. 177 et s. ; pour la saisie conservatoire, v. R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 1192, p. 937 ; S. Piedelièvre, *op. cit.*, n° 244, p. 260. C'est également l'effet produit par les sûretés judiciaires, v., par ex. A. Weill et R. Maus, « Le nantissement judiciaire du fonds de commerce », *D.* 1956, chron. XVIII, p. 87 : « *Il est apparu opportun, en cas d'urgence, d'avoir la possibilité de bloquer entre les mains du débiteur les éléments de son actif visible* ».

⁴ R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 1193, p. 938 ; S. Piedelièvre, *op. cit.*, n° 251, p. 267.

cantonnement, un privilège est octroyé au saisissant afin de lui permettre de préserver ses droits¹. Quant aux personnes concernées, ensuite : l'indisponibilité est inopposable aux saisissants antérieurs. Les saisissants postérieurs, en revanche, sont tenus de respecter les droits du saisissant qui sont déjà établis sur la créance.

194. En ce qui concerne la saisie conservatoire, cet avantage n'est pas sans faille. Ne procurant aucun droit exclusif, l'acte de saisie ne met pas le saisissant hors concours. Par suite, tout créancier postérieur bénéficiant d'un privilège d'un rang supérieur au droit de préférence du gagiste doit l'emporter^{2/3}. La solution est on ne peut plus logique : les droits du saisissant étant seulement conservatoires, il ne saurait bénéficier de l'exclusivité attachée à l'attribution de la créance. Pour cela, il faut convertir la saisie conservatoire en saisie-attribution, et donc disposer d'un titre exécutoire constatant l'existence d'une créance certaine et exigible. Ne se prétendant titulaire que d'un principe de créance dont le recouvrement est menacé, le saisissant ne peut bénéficier des mêmes prérogatives qu'un créancier dont les droits sont assurés par un titre exécutoire. La faiblesse du droit du saisissant, dans la situation qui nous occupe, vient donc principalement de ce que sa créance n'est pas exigible. Dès lors, il nous semble que cette solution peut être étendue sans peine au nantissement de créance avant que la créance garantie ne soit échue⁴.

¹ En ce qui concerne l'acte de saisie-arrêt, le cantonnement était dans un premier temps facultatif. Il devait être demandé au juge des référés, qui octroyait en contrepartie un privilège exclusif. Par une loi du 17 juillet 1907, cette pratique a été généralisée et simplifiée. Après l'entrée en vigueur de la loi, le débiteur saisi pouvait demander à percevoir le surplus des sommes et donc obtenir le cantonnement sans avoir à solliciter l'accord du saisissant. En matière de saisie conservatoire, la loi cantonne de façon automatique l'indisponibilité au montant de la cause de la saisie, en échange de l'octroi du « privilège du gagiste » (il faudrait parler de « droit de préférence du gagiste », v. *infra*, n° 898) au saisissant, v. L. 523-1 CPCE.

² R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 1027, p. 950. C'est la solution appliquée par la jurisprudence, v., par. ex., Civ. 2^e, 18 janvier 2007, *Bull. civ.* II, n° 14, p. 11 (n° 06-10598) : « ayant relevé que la société avait fait procéder à la conversion de la saisie conservatoire après la notification des avis à tiers détenteur, la cour d'appel a exactement retenu que le droit de préférence du créancier saisissant ne pouvait être invoqué à l'égard du trésorier dont la créance fiscale bénéficie du privilège de l'article 1920 du code général des impôts ». V., pour la même solution en cas de saisie-arrêt dont le cantonnement n'avait pas été sollicité, E. Glasson, R. Morel, A. Tissier, *op. cit.*, n° 1117, p. 264.

³ Cette solution se comprend bien, car « l'indisponibilité affecte la situation du débiteur saisi, non de ses créanciers », v. M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », art. précité, n° 40.

⁴ On pourrait objecter que l'analogie ne fonctionne pas, la créance garantie par un nantissement étant nécessairement certaine, alors que la cause de la saisie conservatoire peut ne consister qu'en un principe de créance. Eu égard au critère de certitude de la créance, le créancier nanti devrait alors être mieux traité que le saisissant. Cette objection ne nous semble pas fondée. En droit de l'exécution forcée, le simple fait que la créance soit certaine ne crée aucun droit au profit du créancier. C'est seulement le cumul des critères de certitude, liquidité et exigibilité qui permet au créancier de faire valoir ses droits. L'accent est mis sur l'exigibilité car elle suppose la réunion des autres critères. A l'inverse, une créance peut être certaine sans être exigible. Le créancier nanti disposant d'une telle créance ne pourrait demander qu'une saisie conservatoire sur le terrain du droit de l'exécution – et donc le bénéfice d'un droit de préférence – et l'on ne voit pas pourquoi il pourrait être mieux loti par le biais du droit des sûretés en l'absence de texte lui conférant expressément un droit exclusif. Le doute sur le sens exact des textes composant le régime du nantissement de créance ne doit pas lui profiter.

195. Parenté de la phase conservatoire du nantissement et des mesures conservatoires. Si les sûretés réelles et les procédures d'exécution ne sont que des cousines issues de germains, les sûretés réelles et les mesures conservatoires sont en revanche des cousines germaines. En effet, elles sont toutes les deux caractérisées par leur aspect préventif : alors que les procédures d'exécution forcée sont curatives¹ en ce qu'elles interviennent après la défaillance du débiteur, les sûretés réelles et les mesures conservatoires sont prises en amont, afin de pallier le défaut de confiance qu'inspire la situation du débiteur². Leur caractère préventif explique que la prise de ces mesures ne nécessite pas la titularité d'une créance exigible. Mais à l'inverse, il explique également que, sauf exception légale, une sûreté réelle ne peut conférer qu'un droit de préférence. Face au flou des dispositions légales, la prudence impose en effet de se prononcer en faveur de la prérogative la moins attentatoire aux droits des tiers. Si la majorité de la doctrine estime que le nantissement de créance confère au créancier nanti un droit exclusif *ab initio*, ce n'est que la manifestation du désintéret global des auteurs pour l'étude de la phase conservatoire des sûretés réelles, qui s'étend de leur constitution à l'échéance de la créance garantie. Il s'agit pourtant d'une période essentielle, au cours de laquelle le bénéficiaire dispose de prérogatives lui permettant d'éviter de subir les conséquences de certaines des fluctuations du patrimoine de son débiteur³.

196. Le nanti bénéficierait d'ores et déjà d'un avantage considérable, par rapport aux autres créanciers du débiteur, si l'on interprétait le régime du Code civil comme le faisant bénéficier de l'indisponibilité de la créance grevée⁴. La combinaison des articles 2362 et 2363

¹ Encore que la simple potentialité d'un recours à l'exécution forcée suffit à tranquilliser le créancier et stimuler le débiteur, J.-J. Ansault, *op. cit.*, n° 1, p. 13 : « si la plupart des dettes se trouvent acquittées de manière spontanée, le droit de l'exécution n'y est sans doute pas étranger, dans la mesure où son effectivité rappelle aux sujets passifs d'une obligation qu'ils peuvent être contraints juridiquement à accomplir celle-ci » ; J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 326 : « alors même que l'exécution forcée n'aura pas eu à jouer effectivement, elle a déjà été force exécutoire par sa seule présence de vigile dans la loi ».

² En ce sens, A.-M. Toledo, *Notion de sûreté et droit du commerce international*, th. Paris I, 1997, n° 288, p. 182 et n° 291, p. 185.

³ Sur lesquelles, v. *infra*, n° 556 et s.

⁴ V., favorable, M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », art. précité, n° 4 ; v. également, sous l'empire des anciens textes, J.-P. Apprill, « Le nantissement des créances et des comptes », art. précité, p. 495 ; D. A. Imbroane, th. précitée, qui développe cette idée tout au long de sa thèse, et not. n° 3, p. 13. On pourrait objecter que l'indisponibilité est assez rare en droit des sûretés, le législateur préférant ne pas restreindre trop fortement la liberté de gestion du constituant. L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant se prononce en ce sens dans son art. 2325, disposant que « sauf si la loi ou la convention en dispose autrement, la sûreté réelle ne rend pas indisponible le bien qui en forme l'objet ». L'indisponibilité n'est donc pas totalement exclue, ce dont témoigne le régime du « nantissement » de matériel et d'outillage, l'art. L. 525-7, al. 1 C. com. interdisant au constituant d'une telle sûreté de vendre les biens grevés sans avoir sollicité le consentement du créancier bénéficiaire. Les textes composant le régime du nantissement de créance pourraient alors parfaitement être interprétés dans le sens de l'existence d'une indisponibilité de la créance nantie dès la conclusion du contrat, renforcée ensuite par la notification au sous-débiteur.

du Code civil pourrait être interprétée en ce sens : avant la notification du nantissement, la créance est déjà indisponible dans le patrimoine du débiteur. Il lui est interdit d'en disposer, mais il peut toutefois en recevoir seul le paiement¹. En revanche, une fois le nantissement notifié, l'indisponibilité de la créance nantie « monte d'un cran », empêchant le constituant de recevoir seul le paiement. Son effet est alors comparable à celui d'une saisie conservatoire². Tout au long de cette période, la saisie de la créance nantie par un créancier chirographaire ne peut se faire que sous réserve du respect du droit de préférence du créancier nanti³. Les titulaires de droits de préférence de meilleur rang, tels le Trésor Public⁴ et les créanciers alimentaires, pourront cependant évincer le nanti. Alors, bien loin de signifier que le titulaire d'un nantissement de créance bénéficie d'un droit exclusif, l'expression « *seul le créancier nanti reçoit valablement paiement* » devrait être entendue comme la manifestation de l'indisponibilité renforcée de la créance nantie après notification⁵. Avant notification, le constituant devrait pouvoir demander le paiement et encaisser les sommes, à charge de les restituer au créancier nanti en cas de défaillance. Après notification, le constituant doit appeler le créancier nanti à l'action en paiement et seul ce dernier peut encaisser les sommes.

197. Le nantissement de créance, une sûreté classique portant sur un objet extraordinaire. Cette solution s'avère parfaitement respectueuse des principes fondamentaux

¹ Mais il ne peut passer des actes qui préjudicieraient au nanti. Comp., pour le nantissement de créances professionnelles, l'alinéa 2 de l'art. L. 313-27 CMF.

² Cette idée a été rejetée au nom d'une conception stricte de l'indisponibilité. M. Delebecque a en effet affirmé que la notification ne pouvait rendre la créance nantie indisponible en raison de la règle posée à l'art. 2363, al. 2 du C. civ., qui permet au constituant de recevoir le paiement après notification s'il appelle le créancier nanti à l'action en paiement, v. « Les sûretés sur créances monétaires », art. précité, n° 13, p. 91. Cette réserve ne nous semble pas fondée : lorsque le constituant demande le paiement, après notification, c'est toujours le créancier nanti qui doit encaisser les sommes pour pouvoir les consigner sur le compte indiqué à l'art. 2364, al. 2 C. civ. Le paiement ne lésant pas le créancier nanti, il n'y a aucune raison que l'indisponibilité empêche le constituant d'agir en paiement. Elle l'empêche en revanche d'encaisser les fonds. Comp. J. Benneptali, th. précitée, n° 155, p. 128 : « *l'action du créancier nanti à l'encontre du débiteur n'est ni une action oblique, ni une action directe. Lorsque le créancier nanti poursuit le débiteur de son débiteur, il le fait en son nom propre et pour son compte, mais ne devient pas propriétaire des sommes reçues suite à cette action. Cette action s'apparente plutôt à une mesure conservatoire* ».

³ Le droit de préférence du nanti a le même rang que le droit de préférence du gagiste. La réforme de 2006 n'a séparé qu'imparfaitement les sûretés sur meubles corporels et incorporels, v. l'art. 2355, al. 5 C. civ. Il a été avancé que le nantissement ne saurait être une sûreté préférentielle, faute de texte exprès précisant la teneur du droit préférentiel du nanti : v., par ex., Ph. Delebecque, « Les sûretés sur créances monétaires », art. précité, n° 13, p. 91. Mais, au vu du flou des textes régissant le nantissement, l'argument ne prouve-t-il pas trop, valant *a fortiori* pour l'existence d'un droit exclusif qui lèse bien davantage les intérêts des autres créanciers ?

⁴ Comp. toutefois L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 577, p. 513, qui estime que le Trésor Public ne peut évincer le créancier nanti que s'il n'a pas notifié, la notification donnant naissance à un droit de rétention.

⁵ C'est dire que nous pensons, avec MM. Mignot et Théry, que les art. 2361 à 2363 C. civ. ne concernent que les parties au contrat de nantissement. V. M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », art. précité, n° 38 ; Ph. Théry, obs. sous Com., 19 décembre 2006, *Deffrénois* 2008, n° 4, pp. 417-418.

du droit des sûretés, comme du droit de l'exécution forcée. Avant l'échéance de la créance garantie ou de la créance qui justifie le jeu des procédures civiles d'exécution, le créancier ne saurait, sauf disposition expresse, disposer d'un droit exclusif¹. Le régime du Code civil n'étant pas clair sur la question de la nature du droit du créancier nanti, il semble logique de s'en remettre à la solution la plus orthodoxe. Selon nous, la doctrine qui octroie un droit exclusif au créancier nanti dès la constitution de la créance commet une double méprise : elle confond la phase conservatoire de la sûreté avec sa phase exécutoire et confond la créance avec la somme d'argent. Ces confusions font du nantissement de créance une sûreté extraordinaire, conférant un droit exclusif au paiement puis un droit exclusif sur les sommes qui sont issues de la créance. Il nous semble plus rigoureux de traiter le nantissement de créance comme une sûreté réelle classique portant sur un objet extraordinaire. Partant, après avoir vu que, avant l'échéance, le créancier nanti ne doit être titulaire que d'un droit de préférence sur la créance grevée, il nous reste à étudier la teneur de son droit sur les sommes perçues. Après le paiement, eu égard aux particularités de la somme d'argent, il est possible d'admettre que le créancier nanti soit titulaire d'un droit exclusif.

198. Conclusion de la section 1. A n'en pas douter, la créance est un bien très particulier car elle permet d'accéder à un autre bien. Il est alors logique qu'une sûreté sur créance porte successivement sur le bien-crédence puis sur l'objet de la créance. Tant qu'il porte sur la créance, rien ne justifie que le nantissement de créance ne soit pas traité comme une sûreté ordinaire. La créance fait toujours partie du patrimoine du débiteur. Faute de texte exprès proclamant l'exclusivité du droit du titulaire de la sûreté, il faut opter pour l'interprétation la moins attentatoire au principe de l'égalité des créanciers, soit l'octroi d'un droit de préférence.

L'exclusivité du droit du créancier nanti ne peut reposer sur la titularité d'un droit de jouissance exclusif à l'exemple du droit dont bénéficie le gagiste immobilier. Les sûretés ne confèrent en principe aucun droit de jouissance à leurs bénéficiaires, le bien demeurant dans le patrimoine du constituant, ce qui lui permet soit de l'exploiter, soit d'en percevoir les fruits, au bénéfice de tous ses créanciers. Exceptionnellement, il arrive qu'une sûreté, à l'exemple du

¹ V., dans le même sens, Ph. Théry, obs. sous Com., 19 décembre 2006, *Deffrénois* 2008, n° 4, p. 419 : « Comment la notification ferait-elle acquérir au créancier un droit exclusif alors que le débiteur n'est pas défaillant ? [...] Pour quelle raison une sûreté consentie sur un bien du débiteur devrait-elle le soustraire aux poursuites d'autres créanciers, comme si le bien avait cessé d'appartenir au débiteur ? Pour quelle raison aurait-on écarté, à propos du nantissement de créances, la technique habituelle de protection du créancier titulaire d'une sûreté réelle, c'est-à-dire le droit de préférence ? »

gage immobilier, confère à son titulaire un droit de jouissance l'habilitant à appréhender ses fruits, à charge de les imputer sur le montant de la créance garantie. Il s'agit là d'une anomalie qui ne peut être réservée qu'à un nombre très réduit de créanciers, l'exercice d'une telle prérogative aboutissant à un remboursement anticipé de la créance garantie. Dans la situation normale, le créancier doit attendre l'échéance de sa créance afin d'être remboursé : là est la logique de l'octroi d'un terme de paiement. Le bénéficiaire d'un nantissement de créance se trouve justement dans cette hypothèse car, si la nature du bien grevé l'oblige parfois à percevoir les fonds issus de la créance nantie, les textes sont par ailleurs très clairs sur son obligation de conserver les fonds par-devers lui, sans en disposer de quelque manière que ce soit, afin d'être en mesure de les restituer au constituant en cas d'exécution de son obligation. On ne peut donc reconnaître de droit de jouissance au créancier nanti, qui servirait de fondement à son prétendu droit exclusif.

De même, l'exclusivité du droit du créancier nanti ne peut être fondée sur un éventuel transfert de la créance nantie dès la constitution du nantissement. Un examen sommaire du droit des procédures civiles d'exécution révèle que l'attribution d'une créance n'est concevable que dans l'hypothèse où le créancier saisissant est titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible. Lorsque l'exigibilité de la créance fait défaut, le créancier doit se rabattre sur la mise en œuvre de la saisie conservatoire de créance, qui protège le saisissant au moyen d'une indisponibilité de l'objet de la saisie. Là encore, faute de disposition expresse en sens contraire, comment justifier que le créancier nanti soit autorisé à déroger au droit commun de l'exécution sur créances ? Quel serait le fondement de l'attribution de la créance nantie, en dépit du défaut d'exigibilité de la créance garantie ? La notification du nantissement n'est d'aucune utilité sur ce point, tant son seul effet semble être de renforcer l'indisponibilité de la créance nantie en interdisant au constituant d'en poursuivre seul le paiement. Il faut alors se résoudre à considérer que le bénéficiaire d'un nantissement est protégé par l'octroi d'un droit de préférence, qui doit céder face à l'action du titulaire d'un droit de préférence de meilleur rang.

Cependant, la créance et la somme d'argent sont deux biens distincts, qui obéissent à des régimes différents, ce qui implique que le régime de la sûreté sur créance subisse des modifications après le paiement de la créance grevée. Les particularités de la somme d'argent justifient qu'après le paiement de la créance nantie, en principe, le bénéficiaire du nantissement soit titulaire d'un droit exclusif.

Section 2 : Le droit exclusif sur la somme d'argent issue de la créance nantie

199. Plan. L'article 2363 du Code civil s'analyse sans conteste comme l'apport majeur de la réforme du 23 mars 2006 au régime du nantissement de créance. En notifiant sa sûreté, le créancier nanti est désormais autorisé à encaisser seul les fonds provenant de la créance nantie, ce qui simplifie considérablement le fonctionnement de ce mécanisme. Auparavant, pour parvenir à ce résultat, les parties devaient recourir à un mandat, une cession de créance ou une délégation. L'objectif de ces conventions était simple : il fallait nécessairement créer un lien de droit entre le créancier et le sous-débiteur, lien qui n'existait pas dans le gage de créance du Code civil. L'on se rend compte alors que le but poursuivi par ces conventions et accompli par la réforme était de faire du nantissement de créance une opération à trois personnes¹. Suivant l'évolution des conceptions concernant le bien-créance, le gage sur créance qui considérait essentiellement son objet comme un bien s'est transformé en nantissement de créance qui s'intéresse à la créance à la fois comme bien et comme lien². Avant l'échéance de la créance nantie, celle-ci est considérée comme un bien et l'on ne voit pas pourquoi les règles classiquement applicables aux sûretés réelles ne trouveraient pas à s'appliquer, sous réserve des particularités du bien-créance. En revanche, une fois la créance nantie arrivée à échéance et le créancier en mesure de réclamer le paiement au sous-débiteur, les choses changent. Durant cette deuxième phase, l'accent est mis sur la créance en tant que lien personnel.

Pour autant, la seule existence de ce lien qui permet au créancier nanti d'exiger l'accomplissement de sa prestation par le sous-débiteur ne suffit pas à se prononcer sur la nature du droit du créancier nanti. Un détour par le régime des opérations à trois personnes montrera que, s'il est nécessaire de créer un lien entre le bénéficiaire de l'opération et le sous-débiteur,

¹ V. M. Julienne, « La nature juridique du nantissement de créance », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 315 et s., qui détaille la nature hybride de la sûreté, à la fois opération sur créance et sûreté réelle. Sur cette notion d'opérations à trois personnes, v. C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux, 1968, spé. n° 7, p. 13 pour les trois éléments essentiels d'une telle opération : « d'une part, l'opération juridique à trois personnes doit procéder d'une seule et unique convention qui va lier entre elles les personnes intéressées ; d'autre part, lorsque la convention génératrice d'une opération triangulaire intervient entre deux personnes, celles-ci agissent en leur propre nom, et, par conséquent, la représentation de la troisième personne à l'opération doit être exclue ; enfin, l'opération à trois personnes va avoir pour résultat d'entraîner un enchevêtrement des relations juridiques entre les trois intéressés ». Ces trois éléments se retrouvent parfaitement dans le nantissement de créance lorsque le débiteur de la créance nantie a participé à l'acte de nantissement, moins lorsque le créancier a notifié sa sûreté, en raison de la formalité supplémentaire qu'il a dû accomplir. V. également Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 654, p. 607.

² Sur cette évolution, G. Ansaloni, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur les créances*, th. Paris II, 2006, n° 209 et s., p. 182 et s.

ce droit d'exiger le paiement n'entraîne pas invariablement celui de conserver les sommes obtenues (§1). Afin de reconnaître une situation d'exclusivité au profit du créancier nanti, ce droit au paiement doit se combiner avec la nature particulière de l'objet de la prestation d'un débiteur de somme d'argent. Ainsi, c'est seulement parce que le créancier nanti est en mesure d'exiger la remise de biens fongibles et de les conserver que son droit doit être considéré comme exclusif durant la seconde phase du nantissement de créance (§2). C'est donc que le nantissement de créance n'a rien d'extraordinaire en lui-même : c'est bien davantage la nature du bien sur lequel il porte qui est exceptionnelle.

§1) Droit au paiement et intensité du droit du créancier nanti

200. Plan. Dans le gage de créance du Code civil, aucun lien de droit n'était mis en place entre le gagiste et le débiteur de la créance gagée. Les relations étaient alors bipartites entre le débiteur de la créance garantie et le débiteur de la créance gagée d'une part, entre le gagiste et son débiteur d'autre part. Le gage de créance conférait seulement le droit à l'émolument de la créance gagée à son bénéficiaire, pas celui d'exiger l'exécution de la prestation du sous-débiteur¹. La réalisation de ce gage, lorsque la créance gagée venait à échéance avant la créance garantie, s'en trouvait ainsi rendue plus complexe et la sûreté a été délaissée par la pratique. L'erreur a été réparée à l'occasion de la réforme de 2006, le législateur ayant réalisé que le meilleur moyen de faire apparaître la valeur d'une créance est de permettre au bénéficiaire de la sûreté d'en poursuivre le paiement lui-même (A).

Cependant, si le nanti devient effectivement créancier de l'obligation nantie après la réforme, cela ne signifie pas pour autant que ce droit est exclusif, ni qu'il dispose d'un droit exclusif à la conservation des sommes perçues. Le droit au paiement constitue certes une simplification appréciable du fonctionnement du nantissement de créance, mais il ne permet pas pour autant de présumer de la nature du droit du créancier nanti. Le régime des différentes

¹ G. Ansaloni, th. précitée, n° 213, p. 185 ; S. Quincart, th. précitée, p. 440, voyant dans le gage sur créance « *un droit non sur la créance, mais sur la prestation qui en fait l'objet, ou plutôt sur sa valeur* ». Par là même, le régime du gage de créance perpétuait la distinction du titre et de l'émolument qui était bien connue du droit romain, v. P. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, Larose, 1879, p. 335, estimant qu'à Rome, le cessionnaire de créance « *n'a pas le droit lui-même, mais il a [...] tous les bénéfices du droit* » ; C. Larroumet, th. précitée, n° 21 et s., p. 29 et s. ; R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ, La Mémoire du droit, 3^e éd., 2001, n° 76, p. 66, à propos de l'action utile du cessionnaire de la créance : « *cela revenait à dire que l'on pouvait détacher les profits matériels d'un droit de la possession du droit lui-même* ».

opérations sur créance montre que la simple titularité d'un droit au paiement ne garantit pas toujours l'effectivité dudit paiement (**B**).

A) Le paiement, moyen idéal de dégager la valeur d'une créance

201. La créance, un bien et un lien. A l'origine, le droit romain ne considérait le droit personnel que comme un lien personnel et temporaire, insusceptible de transmission¹. Les Romains sont cependant parvenus à trouver des palliatifs permettant de transmettre la créance malgré son caractère personnel très prononcé : il s'agissait de la novation par changement de créancier, ainsi que du transfert par *procuratio in rem suam*, habilitant une tierce personne à agir en justice contre le débiteur au nom d'un mandant (le créancier d'origine), tout en dispensant le pseudo-mandataire de rendre des comptes². C'est seulement plus tard, sous Justinien, que le droit romain a admis la possibilité de céder une créance par un échange de consentements entre le cédant et le cessionnaire. Il était tout de même nécessaire d'informer le débiteur de la créance cédée de cette opération pour s'assurer qu'il ne paye pas le cédant, ce qui a conduit à la création de la notification (*denuntiatio*). Dans un premier temps, l'on considérait que le cessionnaire était titulaire de l'action utile, qui lui permettait de jouir de la créance sans être créancier, tandis que le cédant ne conservait que l'action directe, un fantôme de droit³. Par la suite, le droit du cédant a été supprimé, permettant en droit romain une cession de créance assez semblable à celle que nous connaissons aujourd'hui.

202. Par un renversement des conceptions, la créance en vint à être considérée quasi-exclusivement comme un bien. La prophétie de Gaudemet fut ainsi réalisée, qui annonçait dès le début du XX^e siècle que « *toute l'histoire de l'obligation est l'histoire du progrès du second caractère sur le premier : de plus en plus, on la considère comme une valeur, comme un*

¹ V., entre autres, E. Cashin-Ritaine, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, préf. F. Ranieri, avant-propos F. Jacquot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 348, 2001, n° 20 et s., p. 19 et s. ; P. Gide, *op. cit.*, p. 232 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1^e éd., 2002, n° 706 et s., p. 1008 et s. ; R. Saleilles, *op. cit.*, n° 75, pp. 65-66 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2019, n° 7, p. 9

² Ces deux techniques ont fait dire à Gide que le principe, à Rome, n'a jamais été l'inaliénabilité absolue des créances. Elle était seulement impossible suivant les modes de cession applicables aux biens corporels (*op. cit.*, p. 235 et s.).

³ Les Romains parlaient d'ailleurs de *jus nudum* pour qualifier ce droit.

assignat sur les biens ; et son caractère de lien entre deux personnes, sans jamais disparaître, perd de plus en plus de son importance et de ses effets »¹. Les régimes de la cession et du gage de créance du Code civil peuvent en témoigner. La première était considérée comme une véritable vente dans le régime d'origine du Code civil, sans doute en raison de l'influence qu'exerçait Pothier sur ses rédacteurs². Il était alors logique que les textes parlent de « tradition »³ de la créance ou de « délivrance »⁴, termes qui ne relèvent pas de la terminologie adaptée à la créance vue comme un lien personnel. De même, l'analyse de la créance comme bien justifie l'existence des décisions jurisprudentielles fortement critiquées qui subordonnaient la validité du gage de créance à la remise du titre la constatant⁵. On arrivait ainsi au paradoxe suivant : à l'époque où les opérations sur créances étaient plus faciles à constituer que jamais, le droit positif respectait bien moins la nature de la créance que le droit romain.

203. Synthèse des différentes conceptions de la créance. Il semblerait que les réformes du droit des sûretés du 23 mars 2006 et du droit des obligations du 10 février 2016 aient opéré une synthèse des différentes conceptions du bien-crédence afin de lui offrir un régime bien plus adapté, tant dans les opérations de cession⁶ qu'en ce qui concerne son nantissement⁷. En effet, il est clair que les textes issus de l'ordonnance de 2006 ne font pas du créancier nanti un simple titulaire de sûreté sur un bien habituel. Il est, après notification ou participation du sous-débiteur

¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, préf. D. Mazeaud, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 12.

² R.-J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, in J.-J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, T. III, Cosse, Delamotte et Videcoq, Paris, 1847, spé., au sein de la sixième partie, le chapitre IV intitulé « De la vente des rentes et autres créances », n° 550 et s., p. 217 et s.

³ Art. 1607 C. civ.

⁴ Art. 1689 anc. C. civ.

⁵ V., à ce propos, D. Legeais, th. précitée, n° 65 et s., p. 42 et s.

⁶ V. les nouveaux art. 1321 et s. C. civ. Pour une étude de ces textes, l'on peut se référer à C. Gijssbers, « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et Patr.* juill. 2016, spé. n° 1, qui estime que ce régime permet de « marquer la profonde singularité de la cession de créance qui n'est pas le transfert d'un banal objet de propriété mais une opération modifiant un lien juridique entre deux personnes », ou encore M. Julienne, *Régime général des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2018, n° 144 : « La cession d'une créance comporte deux aspects : elle emporte modification du lien d'obligation, mais aussi transfert de l'émolument de la créance. Schématiquement, le premier aspect explique que le cessionnaire puisse poursuivre le débiteur, et le second justifie qu'il conserve l'objet de la créance une fois celui-ci payé entre ses mains », puis n° 170 : « Le droit français opère en quelque sorte une dissociation entre l'aspect « réel » de l'opération, qui concerne la créance en tant qu'actif patrimonial et qui opère dès la conclusion de l'acte, et son aspect « personnel », qui concerne la créance en tant que lien entre un débiteur et un créancier et qui n'opère quant à lui que dans un second temps. La notification adressée au débiteur n'est pas une simple mesure d'information, destinée à rendre de mauvaise foi le cédé qui continuerait de payer son créancier initial [...] Cette règle révèle qu'avant la notification, le cédant n'est pas simplement investi d'un mandat d'encaissement pour le compte du cessionnaire : il conserve sa qualité de créancier vis-à-vis du débiteur [...] le transfert, acquis dans son principe, se limite pour un certain temps du moins, à l'émolument de la créance ».

⁷ Ph. Dupichot, « Le nantissement », art. précité, n° 6 : « le nantissement de créance a été l'objet de toutes les attentions du législateur : la créance devient de plus en plus un « bien » et pas seulement un « lien » : l'avant-projet Catala s'en est fait l'écho qui consacre un chapitre entier aux « Opérations sur créances » ; à lui seul, le nantissement de créance occupe les 11/12^{es} des dispositions du chapitre III. Et ce luxe de détails répond à la volonté de simplifier et de moderniser une sûreté trop longtemps mal aimée ».

à l'acte de nantissement, créancier du débiteur de la créance nantie. Mais il est impossible de déduire de l'existence de ce droit de poursuite le caractère exclusif du droit du nanti. En effet, par le passé, le nantissement de marché public, qui présentait une architecture semblable à celle de l'actuel nantissement de créance, n'offrait à son titulaire qu'un droit préférentiel.

204. Le droit du titulaire d'un nantissement de marché public. Faute de pouvoir constituer une garantie efficace sur une créance¹, le législateur a institué le nantissement de marché par un décret-loi du 30 octobre 1935². La raison d'être de cette création était simple : les entrepreneurs de travaux publics exposaient des frais importants au cours de la réalisation desdits travaux et n'étaient payés qu'à leur réception par l'Administration. Ils ont donc eu besoin que leurs fournisseurs leur fassent crédit, et la meilleure source de crédit dans cette hypothèse repose évidemment sur la créance dont est titulaire l'entrepreneur sur l'Administration. La pièce centrale du régime de cette sûreté était l'exemplaire unique du marché remis à l'entrepreneur par le pouvoir adjudicateur. Grâce à ce document, le fournisseur-nanti s'assurait que l'Administration ne paierait pas l'entrepreneur, s'il notifiait sa sûreté au comptable public. Ainsi, l'article 190 du Code des marchés publics pouvait poser le principe qu'après réception de cette notification par le comptable public, « *le bénéficiaire d'un nantissement encaisse seul le montant de la créance* »³.

205. Cependant, malgré la lettre de ce texte, il n'a jamais été question de conférer au créancier nanti sur marché public un droit exclusif. En effet, l'article 193 du Code des marchés publics précisait que le droit du nanti ne pouvait être exclusif qu'en l'absence d'opposition d'un créancier préférable, le texte fixant lui-même la liste de ces créanciers⁴. Énonçant un classement particulier au domaine des privilèges sur créance de marché public, le texte institue nécessairement une énumération limitative et propre à ce domaine. Il ne s'agit pas du rappel de

¹ On a déjà mentionné les reproches avancés à l'encontre de l'ancien gage sur créance. Mais il faut également noter que les praticiens avaient été empêchés de continuer à utiliser la cession de créance à titre de garantie en raison de l'instauration de droits d'enregistrement proportionnels au cours du XIX^e siècle, v. A. Cerles, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », art. précité ; J. Hamel, *Banques et opérations de banque*, T. II, Rousseau et C^{ie}, Paris, 1943, n° 963, p. 544 ; M. Vasseur, « Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire », *Banque* avril 1978, spé. n° 9, pp. 464-465.

² Sur l'évolution qui a conduit à adopter ce texte, v. P. Chevrier, « Le financement bancaire des marchés publics et son évolution », in *Les marchés publics et leur financement*, préf. J. Hamel, introduction J. Branger, Dalloz, 1962, p. 175 et s.

³ Cette formule a été reprise au nouvel article 107 du Code des marchés publics par le décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, puis par l'article 128 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

⁴ Il s'agissait essentiellement des bénéficiaires du privilège des frais de justice, du privilège des salaires et du Trésor Public.

l'ordre classique des droits de préférence¹. Mais l'essentiel est ailleurs : le législateur peut tout à fait écrire que le bénéficiaire d'une sûreté encaisse seul la créance donnée en garantie, tout en cantonnant l'effet de cette disposition aux relations entre constituant et bénéficiaire. Le créancier nanti sur marché public pouvait ainsi encaisser seul – c'est-à-dire que le comptable public, après notification, avait interdiction de payer l'entrepreneur-constituant – la créance résultant de l'exécution du marché public, mais son droit devait nécessairement céder face au droit préférable d'un autre créancier². L'article 190 du Code des marchés publics régissait les rapports entre le constituant et le bénéficiaire, l'article 193 les rapports entre le bénéficiaire et les ayants cause du constituant.

206. Le droit au paiement n'est ainsi pas nécessairement exclusif : il ne faut pas excessivement distinguer entre les différents modes de réalisation d'une sûreté sur créance. Lorsque le droit des sûretés envisage la créance comme bien, il confère au bénéficiaire de la sûreté un droit de préférence. Lorsque ce droit envisage la créance comme lien, il peut permettre au bénéficiaire de demander directement le paiement au sous-débiteur. Mais la création de ce lien de droit ne permet absolument pas de présumer du droit exclusif du créancier sur la créance elle-même. Qu'on en juge en matière de nantissement de marché public : malgré la notification, le créancier préférable pouvait former une opposition au paiement et empêcher ainsi le créancier nanti de percevoir les sommes³. C'est dire que, dans ce domaine, le droit au paiement est conçu simplement comme une modalité de mise en œuvre du droit de préférence, le moyen le plus simple de faire apparaître les fonds qui pourront ensuite être imputés sur le montant de la créance garantie.

207. La nature du droit au paiement direct du créancier nanti. Le nantissement de créance actuel, tel que son régime ressort des textes du Code civil, paraît ainsi rendre

¹ En ce sens, H.-D. Cosnard, art. précité, p. 582 ; M. Julienne, th. précitée, n° 135, p. 69 ; D. R. Martin, art. précité, n° 48, p. 55.

² Rapp. G. Péquignot, « Le contentieux des marchés publics : les rapports financiers de l'Administration et des titulaires de marchés publics », in *Les marchés publics et leur financement*, préf. J. Hamel, introduction J. Branger, Dalloz, 1962, p. 311 : « *Le créancier nanti prend ainsi place parmi les créanciers privilégiés : s'il ne subit pas le concours des créanciers chirographaires, s'il prime d'autres créanciers privilégiés dont le rang est inférieur au sien, il peut être primé par d'autres créanciers qui viennent en meilleur rang* ».

³ V. Com., 5 mai 1980, *Bull. civ. IV*, n° 172 (n° 78-15767), en cas de procédure collective : « *la cour d'appel a retenu à juste titre que l'article 83, alinéa 3, précité ne déroge pas aux dispositions spéciales des articles 190 et suivants du Code des marchés publics, selon lesquelles le privilège du créancier nanti sur marché de travaux publics ne peut s'exercer, en cas d'opposition valable, que sous réserve des privilèges énumérés à l'article 193 de ce Code, peu important que le créancier susvisé bénéficie ou non d'un droit de rétention* ».

parfaitement compte de la double nature de la créance. Lorsque la créance est considérée comme un bien, le nantissement adopte le mode de fonctionnement d'une sûreté réelle classique, conférant au créancier nanti un droit de préférence, qui doit le forcer à s'effacer devant le droit préférable d'un autre créancier. Lorsque la créance est considérée comme un lien, le nantissement prend les traits d'une opération à trois personnes et confère à son bénéficiaire un droit au paiement, qui conduit *in fine* à attribuer au créancier nanti un droit exclusif sur les sommes perçues lorsqu'aucun créancier ne s'est manifesté auparavant. Cette dualité de droits conférés au créancier nanti est particulièrement visible à l'article 2365 du Code civil : à l'échéance de sa créance, le bénéficiaire du nantissement peut choisir soit de se comporter en titulaire de sûreté réelle en demandant l'attribution judiciaire de la créance – elle est alors considérée comme un bien – soit de se comporter en bénéficiaire de l'opération à trois personnes en demandant le paiement au sous-débiteur¹. C'est ce deuxième droit qui fera l'objet des développements suivants.

208. On l'a déjà dit, la modernisation du régime du gage de créance s'est réalisée par l'octroi au nanti du droit de demander directement le paiement de la créance nantie. Avant notification de la sûreté, le constituant reçoit seul le paiement mais, après notification ou lorsque le débiteur de la créance nantie participe à l'acte de nantissement, le créancier nanti est seul apte à percevoir les sommes et à pouvoir agir contre le sous-débiteur afin d'obtenir l'exécution de sa prestation². C'est dire que la notification ou la participation du sous-débiteur à l'acte permettent d'instaurer une cotitularité de la créance entre le constituant et le nanti³. Ce droit au paiement constitue l'argument principal de la doctrine favorable à l'exclusivité du droit du créancier nanti.

¹ Cette dualité de pouvoirs conférée par le nantissement découle logiquement de ce que le droit de créance et la prestation attendue du débiteur possèdent chacun une valeur propre, v. J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, n° 32, p. 169 : « lorsque l'on affirme que le droit est évaluable en argent, on suppose nécessairement qu'il a une valeur indépendante de celle de la prestation qui en est l'objet. Au demeurant, si le droit de créance confère le pouvoir d'exiger la prestation, il n'en garantit pas l'obtention. Il comporte par essence un aléa sur celle-ci, qui dépend de la diligence du débiteur et de sa solvabilité ».

² M. Julienne, th. précitée, n° 149, p. 104. Il nous semble que le paiement est également libératoire pour le débiteur de la créance nantie lorsqu'il verse la somme due à son créancier entre les mains d'un créancier préférable au nanti qui en aura formulé la demande, tel que le Trésor Public ou un créancier d'aliments.

³ G. Ansaloni, th. précitée, n° 216, pp. 188-189 ; M. Julienne, th. précitée, n° 13 et s., p. 13 et s. ; pour exprimer la même idée ou une idée similaire, les anciens auteurs préféraient parler de « décomposition du droit de créance » ou de « droit personnel au second degré », v. J.-P. Apprill, art. précité, p. 495 ; D. A. Imbroane, th. précitée, n° 37, pp. 150-151 ; S. Quincartlet, th. précitée, pp. 439-440 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. III, LGDJ, 1958, n° 1207, p. 416. *Contra*, S. Agbayissah et D. R. Martin, art. précité, n° 10-11, pp. 21-22.

209. Mais l'on ne voit pas bien pourquoi la simple titularité d'un droit au paiement devrait suffire à conférer un droit exclusif au créancier nanti. A ce stade, ce qui intéresse le titulaire de la sûreté, c'est seulement de pouvoir s'adresser directement au sous-débiteur afin de lui demander l'exécution de sa prestation. Comparant le nantissement de marché et la cession de créance, Hamel faisait remarquer que, même si le premier ne confère pas à son bénéficiaire les mêmes avantages que la cession, peu lui importe car, « *ce qu'il recherche, c'est uniquement le droit d'être payé, sur le montant de la créance donnée en garantie, avant les autres créanciers de son débiteur ; or le nantissement lui procure cet avantage aussi complètement que pourrait le faire une cession* »¹. La cession et le nantissement se réalisent selon les mêmes formes² et confèrent tous deux un droit de poursuite au bénéficiaire de l'opération³ mais ne possèdent pas le même effet translatif : sauf texte exprès, rien ne justifie que le droit au paiement du créancier nanti soit exclusif⁴.

210. Lien entre le droit au paiement et le droit de préférence. Cela est d'autant plus vrai que, contrairement à la cession de créance⁵, le nantissement ne rend pas son bénéficiaire immédiatement créancier. Cette qualité s'acquiert nécessairement par la notification ou la participation du débiteur à l'acte de nantissement. Le titulaire d'un nantissement non-notifié n'est donc pas créancier du débiteur de la créance nantie. C'est le constituant, seul créancier, qui doit percevoir les fonds et les remettre au bénéficiaire du nantissement, qui les placera sur un compte en attendant l'échéance de sa créance. Le droit de poursuite du créancier nanti contre le débiteur de la créance nantie devrait n'être vu que comme le moyen le plus efficace pour faire apparaître la valeur de cette créance, en appréhendant l'objet de la prestation du sous-

¹ J. Hamel, *op. cit.*, n° 963, p. 544.

² V., entre autres, P.-E. Avril, *Principe et caractères juridiques de la constitution du gage sur les meubles incorporels*, th. Grenoble, Arthur Rousseau Editeur, 1898, n° 1 et 2, pp. 1-2 ; D. A. Imbroane, th. précitée, n° 38, p. 156.

³ La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a modifié la conception classique de la cession de créance : de vente de créance, elle est devenue une véritable opération sur créance. V., not., M. Julienne « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier ? », *Dr. et Patr.* juill. 2015.

⁴ Un arrêt intéressant rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 novembre 2014 (*Bull. civ. IV*, n° 168, [n° 13-13336]) permet d'éclairer la distinction entre cession de créance et nantissement. La Cour affirme que, sauf stipulation expresse dans l'acte de cession, le cédant perd tout droit d'agir contre le débiteur à compter de la date de l'acte. C'est dire que la cession confère un droit exclusif au paiement au cessionnaire, là où le nantissement ne fait qu'instaurer une cotitularité de l'obligation après notification. Il n'y a alors rien de choquant à considérer que le créancier nanti dispose d'un droit moins énergique que le cessionnaire.

⁵ La jurisprudence admet en effet de manière constante que le cessionnaire d'une créance peut en réclamer le paiement au débiteur cédé, alors même qu'il n'a pas accompli les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil, lorsque celui-ci régissait le régime de la cession de créance, et tant que ce paiement ne fait pas grief au cédé, v. Civ., 4 mars 1931, *GAJC*, t. 2, 13^e éd., n° 256-257, p. 589 et s. ; Com, 28 septembre 2004, *Bull. civ. IV*, n° 173, p. 194 (n° 03-12023).

débiteur¹. Il ne faudrait donc pas détacher le droit au paiement du droit de préférence, en prenant exemple sur le régime du nantissement de marché public². Il nous semble plus juste de voir dans le droit au paiement direct un mode particulier de réalisation du droit de préférence adapté à la particularité du bien grevé. De même que le bénéficiaire d'une sûreté réelle classique qui bénéficie de l'attribution du bien grevé ne peut léser, en principe, les intérêts des créanciers qui lui sont préférables³, il paraît plus logique que le droit au paiement soit considéré comme étant neutre⁴, ce qui permettrait ainsi aux créanciers mieux classés que le nanti de saisir la créance grevée malgré la notification, et ce jusqu'à la réception effective du paiement par le bénéficiaire de la sûreté. Le progrès réalisé par la réforme en matière de nantissement de créance, qui constitue déjà une belle amélioration, serait alors d'avoir généralisé le système du nantissement de marché public à toutes les créances.

211. Lorsque l'on s'intéresse aux prérogatives du créancier nanti, il ne faut donc pas exagérer la distinction du droit préférentiel sur la créance et du droit au paiement, qui constitue en réalité une modalité particulière de mise en œuvre de la préférence, nouvellement adoptée par l'ordonnance du 23 mars 2006. En tout état de cause, il est impossible de déduire du seul droit au paiement que le créancier nanti est titulaire d'un droit exclusif. Ce n'est que parce qu'il a le droit de recevoir le paiement et de le conserver que le créancier nanti bénéficie d'un droit exclusif sur la somme d'argent payée par le sous-débiteur.

¹ H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *Les biens et les choses en droit*, APD, T. 24, 1979, p. 12 : « une créance peut être cédée, transmise, grevée de gage ou d'usufruit. Mais il apparaît alors clairement que c'est le droit du créancier qui est transmis ou démembré, et l'affirmation est constante qu'aucune de ces opérations ne peut nuire au débiteur : l'objet de ces démembrements reste le même, la prestation convenue ou imposée. Le caractère de cet objet explique d'ailleurs les difficultés du démembrement : qu'on pense à la répartition des prérogatives entre le créancier constituant une créance en gage et le gagiste ». V. également P. Robino, th. précitée, p. 4, affirmant que, comme la vente de la créance n'est pas un mode adapté à la nature de l'assiette du privilège sur créance, « on peut alors imaginer le désintéressement direct des créanciers sur le montant de la créance. Il est d'ailleurs indispensable que le mode de réalisation du privilège permette d'atteindre le sous-débiteur, car dès l'instant où la somme sur laquelle porte la garantie est entrée dans le patrimoine du débiteur, elle perd toute individualité et ne peut donner lieu à aucune poursuite ».

² Comp. toutefois M. Julienne, th. précitée, n° 170 et s., p. 119 et s. L'auteur invoque notamment le fait que le droit de préférence ne confère pas de droit au paiement direct en lui-même. L'argument n'est pas décisif, l'apport majeur de la réforme du 23 mars 2006 pouvant très bien consister en l'octroi d'un droit au paiement direct pour réaliser le droit de préférence.

³ V. *infra*, n° 632 et s.

⁴ V., déjà, M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », art. précité, n° 26, « Tant que la créance nantie demeure dans le patrimoine du constituant, un concours est possible entre le constituant et d'autres créanciers de ce dernier. Dans ce cas, un ordre des paiements peut être nécessaire afin de déterminer qui parmi tous les créanciers sera fondé à être payé. Cet ordre ne dépend pas du droit direct mais des divers droits de préférence des créanciers du constituant sur la créance nantie. Le droit personnel direct est parfaitement neutre et n'est nullement attributif d'un rang » (c'est nous qui soulignons).

B) La perception des fonds, condition insuffisante à leur conservation

212. Distinction du paiement et de la conservation des sommes. Il est impossible de déduire du simple fait de pouvoir s'adresser directement au sous-débiteur dans une opération à trois personnes que le bénéficiaire a le droit de conserver les sommes perçues. Deux exemples jurisprudentiels peuvent être avancés, qui ont vu un cessionnaire « Dailly » et un *factor* être obligés de restituer le produit de la créance malgré l'existence de leur droit de poursuite.

213. Par un arrêt du 4 janvier 1990 diversement apprécié en doctrine¹, la Cour d'appel de Paris a posé en principe l'existence d'un recours du premier cessionnaire « Dailly » contre le deuxième, qui a notifié sa sûreté avant lui et donc reçu le paiement. Dans cette affaire, une créance cédée deux fois avait été réglée au deuxième cessionnaire qui avait régulièrement notifié l'acte de cession, le premier n'ayant pas adressé la notification au cédé². Alors que le tribunal invoquait la bonne foi du second cessionnaire afin de lui permettre de conserver le paiement sur le fondement de la théorie de l'apparence, la Cour d'appel de Paris a infirmé le jugement au motif que « *la cession faite par K.C.P. à la Cageda, régulière en la forme, est opposable au tiers à compter du 24 octobre 1985, date portée sur le bordereau ; qu'il s'ensuit qu'à compter de cette date, la créance est passée du patrimoine du cédant, à celui du cessionnaire, la Cageda, de sorte que la Société K.C.P. ne pouvait plus transmettre valablement une créance qu'elle ne détenait plus ; que la Banque O.B.C. ne peut donc se prévaloir de la cession qui lui a été consentie par un cédant dépouillé de tout droit, pour refuser au premier cessionnaire le remboursement de la somme d'argent qu'elle a encaissée au détriment de celui-ci* ». Le deuxième cessionnaire ne pouvait donc pas se retrancher derrière son droit au paiement pour conserver les sommes. Face à un droit préférable au sien et qui lui est opposable, il devait s'incliner. La perception et la conservation des sommes ne forment donc pas un couple inséparable dans les opérations à trois personnes.

¹ CA Paris, 5^e Chambre C, 4 janvier 1990. V., favorable, C. Larroumet, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990. 15877 ; *Contra*, M. Cabrillac, « Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990. 127.

² La notification avait été adressée au Ministère de la Culture alors qu'il fallait la communiquer au Trésor Public.

214. La même solution a été retenue en matière de conflit entre un cessionnaire Dailly et un *factor*¹. Encore une fois, le cessionnaire n'avait pas notifié sa cession et le débiteur cédé a pu payer en toute bonne foi le *factor*. Les juges du fond, tout comme la Cour de cassation, ont fait droit à la demande de restitution formulée par le cessionnaire. Les motifs de cette décision sont identiques à ceux avancés par l'arrêt de 1990 : la cession Dailly étant translatrice de propriété et opposable *ab initio* aux tiers, le *factor* ne pouvait acquérir de droits sur une créance sortie du patrimoine du cédant. La portée générale de la décision a été reconnue par des auteurs pourtant réticents à admettre cette solution². C'est dire que l'*accipiens* ne peut jamais s'assurer que la réception des sommes issues de la créance objet de l'opération lui donne également droit à les conserver. Mais si la solution est aujourd'hui certaine, son fondement demeure discuté.

215. Fondement de l'obligation de restitution. Rappelons avant toute chose que, dans les arrêts précités, il s'agit seulement de cas de double mobilisation d'une créance dans lesquels aucun recours ne peut être exercé contre le débiteur cédé. En effet, celui-ci a fait preuve de bonne foi dans les deux espèces, ce qui explique que son paiement soit libératoire. La solution du conflit doit donc être recherchée dans les relations entre le cédant et les deux cessionnaires, en laissant à part le débiteur cédé³. Les auteurs hésitent toutefois entre deux fondements pour justifier ce recours : l'action en enrichissement sans cause et l'opposabilité de la cession.

216. Les auteurs favorables à l'action *de in rem verso*⁴ déploient le raisonnement suivant : la deuxième cession étant nulle, le deuxième cessionnaire ne peut invoquer aucun titre juridique lui permettant de justifier la conservation des sommes, le paiement d'une créance inexistante constituant un enrichissement ; le premier cessionnaire, lui, s'appauvrit en ne recevant pas le paiement auquel il a droit ; l'enrichissement du premier et l'appauvrissement du deuxième résultent de la même opération, d'où l'existence d'un lien de causalité entre les deux.

¹ Com., 19 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 190, p. 133 (n° 90-15342) ; *RTD Com.* 1992. 655, obs. B. Teyssié et M. Cabrillac.

² B. Teyssié et M. Cabrillac, obs. précitées. L'art. 1325 C. civ. consacre justement cette solution depuis 2016 : « *Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement* ».

³ V., entre autres, P. Crocq, « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et Patr.* juill. 2002 ; M. Julienne, th. précitée, n° 280 et s., p. 200 et s.

⁴ G. Ansaloni, th. précitée, n° 329 et s., p. 284 et s. ; P. Crocq, th. précitée, n° 390 et s., p. 347 et s.

217. Les autres auteurs estiment que le seul recours à la notion d'opposabilité suffit. L'application de l'adage *prior tempore, potior jure* permet de résoudre le conflit, ce qui implique que le cessionnaire Dailly n'a qu'à invoquer l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier pour triompher, si la date apposée sur le bordereau est antérieure à la date d'opposabilité du droit concurrent¹. En revanche, le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause serait inopérant car l'*accipiens* ne se serait pas véritablement enrichi. Il obtiendrait en effet le paiement comme contrepartie du crédit qu'il aurait accordé auparavant.

218. A la lecture des décisions, nous penchons davantage en faveur de la seconde explication. Toutefois, les deux fondements proposés ne sont pas si opposés qu'on le dit d'ordinaire². La théorie de l'enrichissement sans cause a ainsi été analysée comme une forme d'opposabilité de la convention³. Il nous semble cependant qu'il faut aller plus loin et considérer le recours du premier cessionnaire comme l'expression de l'opposabilité de son droit⁴ : il ne demande pas seulement à l'*accipiens* de reconnaître son existence, mais également de cesser d'en entraver l'exercice. En le forçant à se dessaisir des sommes, le premier cessionnaire se met en mesure d'exercer ses prérogatives. Mais l'opposabilité du droit du premier cessionnaire passe évidemment par la reconnaissance de la possibilité d'opposer l'acte de cession à l'*accipiens*. Par conséquent, les deux groupes d'auteurs prônent, à peu de choses près, la même solution.

219. Nantissement de marché public et conservation des sommes. L'avantage décisif du créancier nanti se situe, à notre sens, sur le même terrain de l'opposabilité des droits⁵. Le

¹ En ce sens, E. Cashin-Ritaine, th. précitée, n° 767, p. 468 ; M. Julienne, th. précitée, n° 296 et s., p. 211 et s. ; C. Larroumet, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », art. précité, n° 8 et s.

² V., déjà, P. Crocq, th. précitée, n° 394, p. 352, estimant que lorsque les auteurs traitent de l'opposabilité de la cession, ils invoquent en réalité l'enrichissement sans cause de l'*accipiens*.

³ J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXIX, 1984, n° 49 et s., p. 74 et s.

⁴ Sur la distinction de l'opposabilité du droit et de l'opposabilité de l'acte, v. J. Duclos, th. précitée, n° 45 et s., p. 68 et s.

⁵ On précisera toutefois que les développements qui suivent ne concernent que le cas où le créancier nanti qui reçoit le paiement est un créancier de premier rang. Dans l'hypothèse où un créancier nanti de second rang est payé, il sera tenu de restituer les sommes au créancier nanti de premier rang qui en formule la demande, tant qu'elles n'ont pas été imputées sur sa propre créance. Cette solution découle de la logique même de l'octroi de rangs par le droit des sûretés : nul ne peut évincer un créancier qui dispose d'un rang préférable sur un bien qui lui est spécialement affecté. Rapp. M. Julienne, th. précitée, n° 325, p. 231 : « la réalisation d'un nantissement, fût-il de second rang met son titulaire à l'abri de tout recours de la part du titulaire d'une sûreté de rang préférable. L'imputation des fonds reçus sur la créance garantie consolide définitivement les droits du nanti accipiens. Le nanti de premier rang peut donc être admis à exercer un recours contre l'accipiens titulaire d'une sûreté de second rang, mais seulement s'il fait valoir ses droits avant la mise en œuvre définitive de cette dernière ».

créancier nanti sur marché public bénéficiait déjà d'un atout considérable en ce domaine. On se souvient que ce créancier était titulaire d'un droit de préférence primé par un certain nombre de privilèges énumérés limitativement par l'article 193 du Code des marchés publics. Après la signification de la sûreté au comptable public, ces titulaires de privilèges préférables pouvaient former une opposition au paiement entre les mains du créancier nanti, et ce jusqu'au paiement effectif de la créance. En revanche, une fois le paiement effectué, le créancier nanti bénéficiait d'un droit exclusif sur les sommes encaissées, reconnu à la fois par la doctrine¹ et la jurisprudence². Dans trois arrêts rendus en 1960, 1974 et 1978, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a permis au créancier nanti sur marché public de conserver les sommes reçues lorsqu'une opposition fondée sur un privilège préférable a été formée après le paiement. Il a ainsi pu primer le Trésor Public et éviter les conséquences de la faillite de son débiteur.

220. Il a été proposé d'analyser ces solutions sous le biais de l'imputation des sommes³, mais il nous est impossible de souscrire à cette thèse. Le terme d'imputation n'est jamais cité par les arrêts⁴. Au contraire, l'arrêt rendu en 1974 est particulièrement éloquent, qui cite dans son visa les articles 190 et 193 du Code des marchés publics, textes traitant de l'encaissement des sommes et de l'opposition au paiement des créanciers préférables. Et s'il est troublant que les décisions précitées mentionnent le « *paiement valant réalisation [du] gage* », il faut se souvenir que la jurisprudence du XX^e siècle avait tendance à assimiler le paiement de la créance

¹ V. H.-D. Cosnard, « Le nantissement des marchés », art. précité, n. 1, p. 588 ; D. R. Martin, « La condition juridique du créancier bénéficiaire d'un nantissement de marché public », art. précité, n° 31, p. 51 : « *Au nombre des traits distinctifs de ce régime, on retiendra essentiellement que le paiement direct peut être revendiqué nonobstant en principe tous les transports, nantissements, et oppositions dont la signification n'a pas précédé la notification faite à l'initiative du créancier nanti. La règle ne souffre exception que si l'opposition émane d'un créancier privilégié et préférable au créancier nanti. Mais encore faut-il qu'elle ait été faite avant réception par ce dernier des sommes qui lui sont dues* » (c'est nous qui soulignons).

² Com., 10 juin 1960, *Bull. civ. IV*, n° 226 : « *en statuant ainsi, alors que la Société Générale était autorisée, par le décret du 30 octobre 1935 relatif au financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques, malgré la faillite de son débiteur, à encaisser le montant de la créance afférente au marché délégué et exécuté avant la déclaration de faillite, et alors qu'en l'espèce aucune opposition ou aucun avis à tiers détenteur n'ayant été signifié par le Trésor Public, elle avait par cet encaissement valant réalisation de son gage acquis un droit définitif, la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé [l'art. 1926 CGI]* » ; Com., 19 mars 1974, *Bull. civ. IV*, n° 99, p. 80 (n° 72-13743) ; Com., 23 mai 1978, *Bull. civ. IV*, n° 148, p. 126 (n° 76-13678 et n° 76-14732).

³ M. Julienne, th. précitée, n° 324, p. 230 : « *la Cour insiste sur l'acquisition d'un « droit définitif » obtenu par la « réalisation du gage », ce qui laisse supposer que ce n'est pas l'encaissement des fonds, en lui-même, qui s'oppose au recours du Trésor, mais bien le fait qu'il vaille ici « réalisation » de la sûreté, c'est-à-dire imputation sur la créance garantie dont le nanti est titulaire* ».

⁴ Par ailleurs, le terme « encaissement » est neutre, et signifie simplement « perception des sommes » contrairement à l'« imputation », opération par laquelle celui qui reçoit le paiement s'attribue la propriété des fonds perçus. V., par ex., Com., 15 octobre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 293, p. 203 (n° 90-10530) : « *attendu que, selon l'arrêt, les parties ont stipulé que la banque encaissera, pour le compte de Mme X., tous les " produits à provenir " du bon ainsi que " les sommes versées en remboursement du capital " et, " s'il y a lieu, imputera ces encaissements sur sa créance " , ce dont il résulte que l'imputation n'était possible que si la créance de la banque était exigible lors de l'échéance du bon ; que, par ce motif de pur droit, l'arrêt se trouve justifié dès lors qu'il a constaté que l'échéance du bon était antérieure à l'exigibilité de la créance de la banque* ».

nantie à la réalisation d'un pacte commissaire, refusant par là même au créancier gagiste sur créance d'encaisser seul son montant¹. Par ailleurs, s'il s'agissait réellement de décisions subordonnant l'exclusivité du droit du nanti sur marché public à l'imputation des fonds, pourquoi n'est-il jamais fait référence à la date d'exigibilité de la créance garantie ? Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation aurait dû distinguer entre le droit du créancier nanti qui a encaissé les fonds dans l'attente de l'exigibilité de sa créance, et celui du créancier dont la créance est d'ores et déjà exigible, qui peut ainsi imputer directement les fonds perçus sur la créance garantie. Cette distinction fondamentale n'ayant pas été effectuée, les juges ont nécessairement entendu se référer à la seule perception des fonds, ce qui implique qu'il faut retenir le sens littéral de ces arrêts : le simple paiement de la créance de marché public entre les mains du nanti confère à ce dernier un droit exclusif sur les sommes versées par le sous-débiteur, sauf en présence d'une opposition formée avant cette date par un créancier préférable².

221. Nantissement de créance et conservation des sommes. Il nous semble qu'il est tout à fait possible de lire le régime du nantissement de créance du Code civil issu de la réforme de 2006 comme une généralisation de cette faveur autrefois réservée au créancier nanti sur marché public³. En liant le droit au paiement et le droit de préférence, on obtient la situation suivante : le créancier nanti dispose d'un droit de préférence sur la créance nantie. Si un créancier préférable agit avant lui pour réaliser sa sûreté sur cette créance, il est évincé. En revanche, s'il obtient le paiement avant qu'un créancier préférable ne forme une opposition, il acquiert le droit de conserver les sommes jusqu'à la réalisation de sa sûreté. Le deuxième alinéa de l'article 2364 du Code civil pourrait être lu en ce sens, rendant les droits préférables au

¹ Rappr. A.-M. Demante, *op. cit.*, n° 301 bis V, p. 367 : « il ne résulte pas du contrat de gage que le créancier gagiste est substitué au débiteur gagiste, et qu'il peut toucher directement le montant de la dette. L'article 2081 l'autorise bien à toucher les intérêts, mais il n'autorise pas davantage, et il nous semble que le Code a dû considérer l'encaissement de la somme due par le créancier gagiste, sans formalité de justice, comme ayant une grande analogie avec l'appropriation du gage corporel qu'il a absolument interdite même en présence d'une convention formelle », ainsi que J. Flour, *op. cit.*, p. 211 : « Dans une interprétation stricte, on aurait pu annuler ce mandat [conféré par le constituant au gagiste afin qu'il reçoive le paiement de la créance gagée] comme équivalant à un pacte commissaire : il aboutit, en effet, à stipuler, dès l'origine, que le gagiste s'attribuera le gage sans formalité. On l'a cependant validé parce qu'il n'offre pas les dangers habituels du pacte commissaire. La créance est attribuée au gagiste pour son montant nominal ; il est exclu qu'elle puisse être évaluée à une somme supérieure, si elle était estimée par experts ».

² Rappr. S. Epschtein, « Le nantissement des marchés publics et leur révision », *RTD Com.* 1958.305, p. 307 : « Les marchés visés par le décret-loi du 30 octobre 1935 doivent être domiciliés dans une banque ou aux chèques postaux. Cette domiciliation constitue le banquier, qu'il soit ou non bénéficiaire d'un nantissement, mandataire du titulaire du marché pour les encaissements. De ce fait, il doit rendre compte à son client de toutes les sommes qu'il touche de l'Administration. L'effet du nantissement est de rendre cette domiciliation irrévocable et de grever la créance du titulaire d'un droit de gage au profit du banquier ».

³ Ce qui pourrait ainsi constituer une règle du droit commun des sûretés sur créances, v. M. Julienne, obs. sous *Com.*, 30 juin 2015, *RDC* juin 2016, p. 261 et s., spé. n° 13 et s.

nantissement de créance inopposables à son bénéficiaire¹. Le législateur aurait ainsi décidé de simplifier le droit applicable à cette sûreté, en réglant par avance les difficultés afférentes aux opérations à trois personnes : par l'inopposabilité des droits de préférence mieux classés que celui du créancier nanti, les recours en restitution sont rendus impossibles. Par le paiement du créancier nanti, les créanciers préférables sur la créance nantie perdent toute vocation aux sommes qui en sont issues. *L'accipiens* n'aurait plus à être distingué du créancier autorisé à conserver les fonds. Cette solution aurait le mérite de ménager les intérêts des diverses parties en présence, en leur offrant une prime à la diligence.

222. Le nanti ne reçoit donc pas nécessairement le paiement pour le compte de tous les ayants droit si l'interprétation fait de lui un gagiste sur créance². Il suffirait de reconnaître au paiement entre les mains du nanti le même effet que la jurisprudence lui conférait autrefois dans le régime du nantissement de marché public, c'est-à-dire l'inopposabilité au créancier nanti des droits de préférence mieux classés. Dans ce cas, le créancier nanti bénéficierait d'une sécurité appréciable grâce à l'exclusivité de son droit lorsqu'il a pu appréhender les sommes. La solution ne saurait étonner dans les rapports entre le créancier nanti et les titulaires de privilèges généraux ou mobiliers généraux : ces derniers ne bénéficient pas véritablement de sûretés réelles, mais de simples droits préférentiels sur la valeur de l'ensemble des biens ou de l'ensemble des meubles du débiteur. Par conséquent, s'ils n'ont pas été en mesure d'exercer leurs droits sur cette valeur avant que le créancier nanti ne l'appréhende, leurs droits sont inopposables à *l'accipiens*³. En revanche, le respect des intérêts des tiers veut que le paiement réalisé entre les mains d'un tiers préférable prive le nanti de son droit, dans la plus pure logique du droit des sûretés réelles. La simple acquisition d'un droit au paiement par le créancier nanti ne permet donc pas d'affirmer que son droit est, par nature exclusif. L'exclusivité de son droit dépend d'un élément accidentel, le paiement. Cette solution pourrait trouver sa justification dans le régime des sûretés sur sommes d'argent, applicable à la seconde phase du nantissement de créance.

¹ Un cessionnaire « Dailly » dont la cession était constituée antérieurement au nantissement devrait alors se retourner vers son cocontractant pour obtenir le remboursement du prix et de cession, ainsi que des dommages-intérêts en cas de préjudice subi du fait de la faute du cédant, qui a affecté en garantie un bien qui ne lui appartenait plus.

² V., sur cette crainte, L. Aynès, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », art. précité.

³ Sur la distinction des privilèges avec droit de suite, véritables sûretés réelles et des privilèges sans droit de suite, simples droits de préférence sur la valeur, v. *infra*, n° 899 et s.

§2) *Le droit exclusif du nanti, conséquence de la nature du bien grevé*

223. D'une sûreté sur créance à une sûreté sur monnaie. Lorsque la créance nantie vient à échéance avant la créance garantie, le paiement effectué par le sous-débiteur a une importance telle qu'il modifie la physionomie de la sûreté¹. Le droit préférentiel du créancier nanti sur la créance se transforme en droit sur les sommes issues de la créance nantie. Il serait en effet incompréhensible que le paiement, dénouement normal de l'opération, aboutisse à faire perdre son droit au créancier nanti². Ce phénomène a été décrit comme une « *substitution de l'objet du gage* »³ ou une « *anticipation du gage de la somme due* »⁴.

224. C'est dire que, par le paiement de la créance nantie entre les mains du créancier nanti, le nantissement de créance se transforme en gage-espèces au sens large, c'est-à-dire en sûreté sur de la monnaie⁵. L'appellation de « gage-espèces » est trompeuse car elle recouvre de nombreuses sûretés différentes, ce qui s'explique par la nature complexe de l'objet sur lequel elles portent. Ici peut-être encore plus qu'ailleurs, l'on s'aperçoit que réfléchir sur les sûretés, c'est faire « *du droit sur du droit* ». En effet, la nature de la monnaie n'est pas facile à appréhender. D'une part, elle est duale, car composée à la fois d'unités de valeur et d'unités de

¹ Lorsque le paiement de la créance nantie intervient après l'échéance de la créance garantie, aucune question ne se pose. L'article 2364, al. 1 C. précise que le créancier nanti peut imputer immédiatement les sommes perçues sur sa créance, mettant ainsi fin à l'opération sans que personne ne puisse contester son droit.

² Le Code civil prévoit ainsi – de façon lacunaire – que le créancier nanti peut imputer la somme reçue au titre de la créance nantie lorsque la créance garantie arrive à échéance (art. 2364, al. 2). Cette disposition révèle que le paiement de la créance nantie n'est pas un mode de réalisation du nantissement. C'est l'imputation des sommes reçues qui joue ce rôle.

³ D. Legeais, th. précitée, n° 103, p. 67.

⁴ M. Julienne, th. précitée, n° 244 et s., p. 173 et s. V. également P. Crocq, « Le nantissement de créance », *RLDC* juill. 2006, spé. n° 17 ; Ph. Dupichot, « Le nantissement », art. précité, n° 21. V. déjà, sous l'empire du droit antérieur, C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 55, 2001, n° 307, p. 234 : « en l'absence de clause permettant d'encaisser les sommes avant l'échéance de la créance garantie, le créancier peut agir directement contre le débiteur de la créance nanti sans pouvoir pour autant recevoir paiement. Le montant de la créance doit être consigné dans un compte spécial et bloqué afin d'assurer la permanence du gage. Ainsi, la sûreté se transforme en gage-espèces ».

⁵ V., à propos du large domaine couvert traditionnellement par l'appellation « gage-espèces », S. Bros, « Le gage-espèces », *Dr. et Patr.* juill. 2007 ; D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Dr. et Patr.* déc. 1999 ; M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Les activités et les biens de l'entreprise – Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly Litec, 1991, n° 2, p. 334 : « l'ampleur de l'utilisation des sûretés sur l'argent est masquée par les étiquettes très diverses sous lesquelles ces dernières accèdent à la vie juridique, étiquettes qui ne permettent pas toujours de les identifier comme telles ou qui, parfois, jettent le doute sur leur véritable nature juridique : cautionnement, dépôt de garantie, couverture, retenue de garantie, etc., outre l'expression fallacieuse de gage-espèces, qui est la plus générale et qui bénéficie des faveurs de la littérature juridique » ; G. Cuniberti, « Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA* 5 nov. 1999, p. 4 et s., n° 1 ; D. Doise, « Nantissement de monnaie, de comptes et de valeurs mobilières », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, n° 2, p. 30 ; D. Legeais, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Dr. et Patr.* sept. 2007.

paiement¹. D'autre part, selon le support monétaire considéré, elle s'analyse en un bien corporel ou incorporel². L'ordonnance du 23 mars 2006 ayant fait de la distinction des sûretés sur meubles corporels et incorporels la *summa divisio* des sûretés mobilières, cela suppose que le régime d'affectation de la monnaie fiduciaire soit distinct de celui de la monnaie scripturale. Notre travail n'ayant pas vocation à bâtir une nouvelle théorie juridique de la monnaie, cette distinction, de droit positif, sera reprise au cours des développements suivants³.

225. Exclusivité du droit du nanti sur la monnaie et plan. S'il semble acquis que le droit du créancier nanti sur les sommes d'argent issues de la créance nantie est exclusif quand le constituant est *in bonis*⁴, il nous semble que le débat devrait rester ouvert dans le domaine des procédures collectives. Par un arrêt retentissant et fortement commenté, la Cour de cassation a paru admettre que le nanti qui a notifié sa sûreté dispose d'un droit exclusif sur les sommes dues par le débiteur de la créance nantie, quand bien même elles auraient été perçues par les organes de la procédure collective ouverte à l'encontre du constituant⁵. Outre que cet arrêt n'est pas exempt de critiques, il semble prématuré de faire reposer l'efficacité du nantissement de créance en procédure collective sur une seule décision de justice. Il serait souhaitable de prolonger la discussion sur ce point, d'autant plus que des décisions très récentes incitent à relativiser la vigueur du droit du bénéficiaire d'un nantissement de compte. Alors, à l'unanimité doctrinal et jurisprudentiel concernant l'exclusivité du droit du créancier nanti lorsque le constituant est *in bonis* (A) doit répondre l'incertitude lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de ce dernier (B).

¹ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 225, 1992, p. 19 et s.

² M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », art. précité, n° 1, p. 333 ; Comp., estimant que la monnaie, quel que soit le support considéré, est toujours une créance, et donc un bien incorporel, F. Lemaitre, th. précitée, *passim* ; v. également, en faveur de la reconnaissance de la monnaie comme bien corporel, D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », *D.* 1987. chron., p. 229 et s. ; « De la monnaie », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 333 et s. ; « Du gage-espèces », *D.* 2007. 2256, parmi d'autres écrits.

³ Pour une synthèse des solutions retenues en jurisprudence, v. F. Lemaitre, th. précitée, p. 239 et s.

⁴ V., par ex., S. Bros, « Gage sur somme d'argent », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, avril 2016, n° 268-6 : « la sûreté constituée sur une somme d'argent est souvent dénommée un gage-espèces. L'expression est trompeuse, voire totalement erronée, en raison de ce que la propriété des sommes d'argent est souvent immédiatement transférée ».

⁵ Com., 26 mai 2010, précité.

A) Le droit exclusif du nanti sur les fonds lorsque le constituant est in bonis

226. L'importance de la fongibilité de la monnaie. La division des sûretés sur la monnaie selon la nature corporelle ou incorporelle du support monétaire n'est pas le seul facteur de complexité en cette matière : il est également essentiel de tenir compte de sa fongibilité. La fongibilité, on le sait, n'est pas une qualité inhérente aux choses. C'est un rapport d'équivalence qui permet de regarder deux choses comme disposant du même pouvoir libératoire au sein d'une relation juridique¹. La monnaie est classiquement vue comme le bien fongible par excellence, apte à remplacer tout autre bien dans tout rapport de droit, dont on a pu dire, avec lyrisme, qu'elle « *a le pouvoir unique de doubler toutes choses, comme l'ombre double les corps* »². Mais il faut se méfier des fausses évidences : la monnaie est-elle vraiment un bien absolument fongible ? Cette fongibilité n'est-elle pas plutôt unilatérale, qui lui permet de remplacer tout bien dans tout rapport de droit alors que la réciproque n'est pas vraie ? En réalité, la fongibilité absolue de la monnaie n'existe pas. Lorsque les auteurs en parlent, ils pensent au fait que la monnaie sert d'étalon de valeur à toutes les choses. Ainsi, cette notion de fongibilité absolue de la monnaie est à la fois fausse et inutile, car procédant d'un truisme³.

227. Toutefois, ce n'est pas la fongibilité prétendument absolue de ce bien qui est essentielle pour comprendre le fonctionnement des sûretés monétaires : il faut s'intéresser à la fongibilité intra-monétaire. Malgré la diversité des supports, le pouvoir libératoire des unités monétaires est toujours identique⁴. Les pièces, les billets et les fonds inscrits en compte présents dans le patrimoine du débiteur ont le même pouvoir libératoire que ceux qui sont la propriété

¹ A. Laude, « La fongibilité », *RTD Com.* 1995. 307, n° 2 et 12 : « deux biens sont dits fongibles dès lors qu'étant de même nature ils sont interchangeables et peuvent se remplacer l'un par l'autre. Ce qui domine l'idée de fongibilité, c'est l'indifférence qu'elle crée entre les biens, le pouvoir qu'elle confère au bien substitué de ne faire qu'un avec le bien originaire. Autrement dit, la fongibilité est un caractère de substituabilité qui s'attache au lien entre deux biens de même nature » ; P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle – Etude sur la qualification juridique des biens*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 4, 2004, n° XII, p. 21 ; S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001, n° 8, p. 13, et les références citées à la n. 26.

² J. Carbonnier, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 406, *Les biens*, *op. cit.*, n° 9, p. 15. V. également D. R. Martin, « De la monnaie », art. précité, p. 337, qui parle de « fongibilité paroxystique ».

³ R. Libchaber, th. précitée, n° 135, p. 108 ; P.-G. Marly, th. précitée, n° 171, p. 152 : « la monnaie peut remplacer en dernière instance toute chose, mais toute chose ne peut pas remplacer la monnaie. Dire que tout bien a un équivalent monétaire vient simplement rappeler que la monnaie sert à mesurer la valeur de tout bien [...] le fait que la monnaie permette d'acquiescer toutes sortes de biens ne la rend pas pour autant fongible avec eux » ; G. Soussi, « La spécificité de l'obligation de somme d'argent », *RTD Civ.* 1982. 514, n° 10, p. 521 : « Toute chose peut être remplacée par une somme d'argent. L'inverse n'est pas vrai : une chose ne peut remplacer une somme d'argent ».

⁴ P.-G. Marly, th. précitée, n° 173, p. 153 et s.

du créancier. La jurisprudence, depuis le début du XX^e siècle, en tire une conséquence pratique importante : la demande de restitution d'une somme d'argent confondue dans le patrimoine du créancier ne peut passer que par la voie du droit personnel, le mélange des sommes ayant transféré leur propriété à ce dernier¹. Le droit des sûretés a suivi la même pente en accueillant dans le Code civil, à l'occasion de la réforme du 23 mars 2006, un article 2341 dont les deux alinéas fixent le régime d'affectation en garantie des meubles corporels fongibles. A la lecture de ce texte, l'on comprend que si le créancier a individualisé les meubles fongibles remis en garantie, le droit de propriété du constituant est préservé². En revanche, si les parties ont souhaité que le mélange se réalise, la constitution de la sûreté opère un transfert de propriété de son assiette³. Appliquant ce texte aux sommes issues du paiement de la créance nantie⁴, l'on voit, qu'en principe, le créancier nanti devrait disposer d'un droit de préférence lorsque les sommes sont individualisées et d'un droit exclusif lorsque les sommes sont confondues avec celles qui se trouvaient déjà dans son patrimoine.

228. Plan. En pratique, les choses ne sont pas si simples. Même si, lorsque les sommes sont individualisées, le créancier ne devrait bénéficier que d'un droit de préférence, l'affectation spéciale des sommes doit lui permettre de devenir titulaire d'un droit exclusif (1). Lorsque les sommes sont confondues dans le patrimoine du créancier, il est acquis que ce dernier bénéficie d'un droit exclusif. Cependant, il nous semble que le fondement de cette exclusivité n'est pas à

¹ Civ., 6 mai 1930, *DH.* 1930. 412 : « attendu que toute somme d'argent ou toute quantité de choses fongibles reçues à un titre quelconque se confond, dès lors qu'elle ne peut plus être identifiée, avec les autres valeurs composant le patrimoine de celui qui la reçoit ; que la personne qui prétend en poursuivre la répétition ne peut invoquer sur cette somme aucun droit de préférence » ; Com., 22 mai 2013, *Bull. civ.* IV, n° 87 (n° 11-23961) : « attendu qu'une demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur ».

² Art. 2341, al. 1 C. civ. : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344 ».

³ Art. 2341, al. 2 C. civ. : « Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ».

⁴ V., favorable à l'application du régime du gage de choses fongibles lorsque la créance nantie a été payée, L. Aynès, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », art. précité, qui estime qu'après le paiement de la créance nantie, la sûreté devient « un gage de monnaie analogue à celui de l'article 2341 » ; M. Julienne, th. précitée, n° 208, p. 147. Comp. S. Agbayissah et D. R. Martin, « Eléments critiques de droit des sûretés », art. précité, n° 12 et s., p. 22 et s., invoquant notamment le fait que les textes ne le prévoient pas et se reposant sur « l'automatisme de l'imputation », qui serait plus protecteur que l'octroi d'un gage. Plusieurs observations peuvent être formulées à partir de ces objections. Tout d'abord, si l'on considère, comme nous le faisons ici, que le nantissement de créance est un gage de créance aménagé, alors, il n'y a rien d'illogique à ce que le créancier nanti soit titulaire d'un gage sur le produit de cette créance. De plus, l'automatisme de l'imputation ne vaut que lorsque la créance garantie est d'ores et déjà arrivée à échéance. Dans le cas contraire, il est nécessaire d'organiser les rapports entre le constituant et le créancier jusqu'à l'échéance. Enfin, il est impossible de déduire de la seule qualification de gage que le bénéficiaire ne disposera d'une garantie médiocre. Bien au contraire, le nantissement de créance est une excellente sûreté une fois que le débiteur de la créance nantie s'est acquitté de son obligation entre les mains du bénéficiaire du nantissement.

chercher dans un hypothétique transfert de propriété pleine et entière, mais plutôt dans la mise en lumière de l'existence d'une fiducie-sûreté innommée (2).

1 - Le droit exclusif sur des fonds individualisés

229. Les différentes hypothèses à envisager. Le deuxième alinéa de l'article 2364 du Code civil n'envisage qu'un seul cas de figure : après notification de sa sûreté, le créancier peut obtenir le versement des sommes issues de la créance nantie sur un de ses comptes, probablement bloqué¹. Ce texte est lacunaire car il ne traite pas des autres possibilités ouvertes aux parties. Tout d'abord, il est tout à fait possible que le créancier n'ait pas notifié sa sûreté. C'est alors le constituant qui peut seul recevoir le paiement. Il est également envisageable que le créancier charge son débiteur de la conservation des sommes sur un compte bloqué à son nom². Cette situation diffère légèrement de la précédente³. Enfin, il serait également envisageable que, pour une somme de faible importance ou d'importance moyenne, les parties conviennent que le débiteur de la créance nantie pourra se libérer en payant en monnaie fiduciaire⁴.

230. L'individualisation des sommes d'argent. Les modalités d'individualisation des sommes d'argent dépendent des supports monétaires considérés. Lorsque la garantie est constituée par l'affectation de monnaie fiduciaire, il suffit de séparer matériellement les pièces et billets remis par le débiteur de ceux dont le créancier est propriétaire. La jurisprudence offre

¹ En effet, le texte prévoit que le créancier « conserve » les sommes. S'il était autorisé à effectuer des retraits, il pourrait violer son obligation de conservation de l'assiette de sa sûreté.

² Les parties pourraient également se mettre d'accord pour que le constituant conserve les sommes sur un compte non bloqué. Cette hypothèse ne sera pas développée davantage en ce qu'elle ressemble fortement à un cas d'école : aux termes de l'article 2360 du Code civil, le créancier nanti accepterait alors la transformation de son nantissement de créance qui confère une sécurité appréciable en un...nouveau nantissement de créance, qui conférerait une sécurité bien plus incertaine car, en fonction des variations du solde du compte, il se pourrait que l'assiette de la garantie soit réduite à néant. Il est difficile d'imaginer un créancier acquiesçant à un tel accord.

³ L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant consacre ces solutions. Il est ainsi prévu de clarifier l'article 2364, al. 2 en ajoutant que le compte sur lequel le créancier nanti conserve les sommes est nécessairement bloqué. De plus, l'article 2362, al. 2 prévoirait que, lorsque le constituant reçoit le paiement, « *sauf clause contraire, le constituant conserve les sommes sur un compte bloqué ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir ou les remet au créancier nanti qui lui en fait la demande pour l'exercice de sa garantie* ».

⁴ V. M. Julienne, th. précitée, n° 208, p. 147. Dans ce cas, il semble probable que le créancier préfère obtenir la remise de la monnaie fiduciaire, plutôt que de laisser un bien facilement dissimulable à son débiteur ; *Contra*, D. R. Martin, « De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi) », *RDBF* mars 2006, étude 4, n° 4, qui estime que « *le temps est révolu de ces pratiques surannées et aristocratiques, rendues désuètes par la « bancarisation ». Il n'y a plus de folklore dans le commerce de banque* ».

quelques exemples de ces modalités. Il est par exemple possible de constituer un véritable gage sur de la monnaie fiduciaire en donnant en garantie des paquets de pièces de monnaie scellés par des cachets de cire portant la date de constitution de la sûreté¹ ou une cassette close déposée dans un coffre². On pourrait également imaginer réaliser l'individualisation de billets de banque en relevant leurs numéros. L'essentiel est, en tout état de cause, que les sommes d'argent soient séparées de celles du créancier et que le mélange ne puisse donc s'opérer.

231. En ce qui concerne la monnaie scripturale, les modalités d'affectation sont nécessairement différentes en raison de la nature incorporelle de son support. L'individualisation, dans le cadre du nantissement de créance, pourrait être réalisée de deux manières. Il est tout d'abord possible au constituant titulaire d'un compte à rubriques de recevoir le paiement et de placer les sommes reçues dans une rubrique ouverte au nom du créancier nanti³. Il est également envisageable de verser les sommes sur un compte spécial et bloqué vis-à-vis des deux parties, ouvert au nom du constituant ou du créancier⁴. Les parties doivent cependant être très attentives : la jurisprudence estime que ces deux conditions sont cumulatives. Si le compte est spécial mais non bloqué, le mélange se réalise et provoque ainsi un transfert de propriété au bénéfice du possesseur des fonds⁵.

232. L'affectation en garantie de sommes d'argent individualisées. De prime abord, il semblerait que le droit du créancier sur les sommes d'argent individualisées données en garantie soit préférentiel. En effet, faute de mélange des biens fongibles, le droit de propriété du constituant est maintenu et ne se dégrade donc pas en simple droit personnel. Le créancier nanti ne disposerait alors que d'un droit de préférence sur les sommes qui demeurent dans le patrimoine du constituant⁶, ce qui est parfaitement cohérent avec la nature du nantissement de

¹ Civ. 1^{er}, 25 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 201, p. 160 (n° 73-14419).

² Civ. 1^{er}, 29 novembre 1983, *Bull. civ. I*, n° 280 (n° 82-14490).

³ Pour la validité et les effets de cette pratique, v. l'arrêt fondateur rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 161, p. 116 (n° 89-14287) : « *si, pour des raisons spécifiques au contrôle des changes, le mandataire était titulaire de comptes à rubrique, ceux-ci, en réalité, fonctionnaient « au nom de personnes distinctes du titulaire »* » et les observations de D. R. Martin, « Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels », *RDBB* janv.-fév. 1992, p. 2 et s. V. également S. Torck, th. précitée, n° 691 et s., p. 436 et s.

⁴ Com., 9 avril 1996, *Bull. civ. IV*, n° 116, p. 99 (n° 93-17370) ; *D.* 1996. 399, n. C. Larroumet.

⁵ Com., 6 février 2007, n° 05-16649 : dans cette décision, la Cour de cassation approuve une cour d'appel qui a estimé que le transfert de propriété des fonds se réalisait lorsqu'une garantie était constituée par virement sur un compte spécial ouvert au nom de la banque créancière, « *pour la seule commodité des écritures* », alors qu'elle était autorisée à opérer des prélèvements à tout moment sur les sommes données en garantie. V. également P.-G. Marly, th. précitée, n° 274, pp. 224-225.

⁶ En ce sens, M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », art. précité, n° 11, p. 336.

créance tel que nous l'envisageons. Il n'est cependant pas possible d'arrêter l'analyse à ce stade. Le créancier nanti est en réalité titulaire d'un droit exclusif sur les sommes individualisées, du fait des particularités de la somme d'argent.

233. En ce qui concerne la monnaie fiduciaire, le fondement de cette exclusivité est aisé à déterminer. Il s'agit du droit de rétention conféré par l'article 2286, 1° du Code civil. Le créancier qui s'est fait remettre de la monnaie fiduciaire en garantie a le droit de la conserver jusqu'au complet paiement de sa créance. Son droit de rétention lui permet de s'opposer à la saisie de l'assiette de la garantie par un créancier préférable, ce qui l'investit d'une position inexpugnable tant qu'il ne se dessaisit pas volontairement de la monnaie.

234. Le fondement de l'exclusivité du droit du créancier nanti sur de la monnaie scripturale individualisée ne semble pas pouvoir être identique en l'état actuel du droit positif. La jurisprudence est hésitante à l'idée de consacrer un droit de rétention sur des biens incorporels¹. Mais le principal reproche que l'on puisse formuler à l'égard de cette proposition est sa nature « *descriptive plus qu'explicative* »². En effet, qu'a-t-on dit après avoir affirmé que le blocage du compte sur lequel est déposé la monnaie scripturale offre un droit de rétention au créancier ? Si l'explication peut paraître suffisante lorsque le compte spécial et bloqué est ouvert au nom du créancier nanti³, elle ne l'est plus dans le cas où le compte est ouvert au nom du constituant. Dans cette hypothèse, l'explication de l'exclusivité du droit du créancier nanti doit davantage être cherchée dans le droit des procédures civiles d'exécution, qui restreint le droit de poursuite des créanciers lorsque leur débiteur reçoit des sommes affectées, qui ne font que transiter par son compte. En raisonnant par analogie avec les comptes des professionnels qui sont tenus de reverser des sommes à un tiers⁴, on pourrait considérer que les sommes reçues

¹ A. Péliissier, *La possession des meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001, n° 69 et s., p. 37 et s.

² M. Julienne, th. précitée, n° 143, p. 101.

³ Si l'on rejette l'analyse fondée sur le deuxième alinéa de l'art. 2364 C. civ., qui pourrait être interprété comme le fondement de l'exclusivité du droit du créancier nanti sur les fonds versés par le sous-débiteur, à l'exemple des solutions retenues à propos du nantissement de marché public, v. *supra*, n° 221 et s.

⁴ Pour une étude de cette jurisprudence, v. R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 177, pp. 189-190 : « on peut poser en règle générale que les sommes déposées par un débiteur sur un compte où elles se mélangent avec celles qui lui appartiennent peuvent être saisies par ses créanciers, alors que les sommes inscrites à un compte ouvert par le débiteur pour recevoir exclusivement les sommes encaissées au profit d'un tiers n'entrent pas dans son patrimoine, avec cette conséquence qu'elles ne peuvent pas être saisies par ses propres créanciers » ; S. Torck, th. précitée, n° 713, p. 449 : « l'analyse juridique de la dissociation entre la titularité formelle du compte et l'appartenance des avoirs qui s'y trouvent ne peut ressortir au droit des obligations ; l'explication ne peut dès lors être trouvée que dans le droit des biens : ceux qui sont désignés nominativement en tête de rubrique ou de manière « catégorielle »

du débiteur de la créance nantie par le débiteur de la créance garantie, placées sur un compte spécial et bloqué ou sur une rubrique au nom du créancier nanti n'entrent pas dans son patrimoine et sont donc insaisissables pour ses autres créanciers¹. Seul le créancier nanti, qui confère un mandat d'encaissement à son débiteur lorsqu'il ne notifie pas l'existence de sa sûreté, peut donc agir afin d'appréhender les sommes reçues du sous-débiteur par son débiteur, pris en sa qualité de mandataire.

235. Malgré l'individualisation des sommes d'argent issues de la créance nantie, le bénéficiaire de la sûreté peut donc disposer d'un droit exclusif sur son assiette. Sa satisfaction résultera de l'imputation des sommes sur la créance garantie, prévue à l'article 2364 du Code civil². Le résultat final est identique lorsque les sommes reçues sont confondues dans le patrimoine du créancier, bien que son fondement soit assez âprement discuté.

2 - *Le droit exclusif sur des fonds confondus*

236. Les sûretés translatives de propriété de sommes d'argent. Un certain désordre règne actuellement sur les sûretés monétaires. La différence est frappante entre l'unanimité doctrinale concernant les sûretés sur sommes d'argent individualisées et la fréquence des controverses sur la question de la nature de l'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier³. Si tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître au créancier un droit exclusif dans une telle hypothèse⁴, le débat demeure vif à propos de son fondement.

en tête de compte ou de sous-compte doivent être considérés comme propriétaires des avoirs qui s'y trouvent inscrits, ce qui explique que ceux-ci ne puissent faire partie du patrimoine du titulaire formel du compte ».

¹ Pour des développements relatifs au droit exclusif du mandant sur les sommes spécialement affectées à son profit par son mandataire, v. F.-X. Lucas, « La revendication des biens immatériels à l'occasion d'une procédure collective – *Contribution à l'étude de la distraction de saisie collective* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 547 et s. L'exclusivité du droit du créancier nanti sur les fonds versés sur un compte bloqué ouvert au nom du constituant pourrait être, dans un avenir proche, directement consacrée par la loi. En effet, l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant prévoit la création d'un nantissement de monnaie scripturale dans ses art. 2366-1 et s. Aux termes de l'art. 2366-7, « *ni le constituant, ni aucun tiers, ne peut retirer les fonds nantis aussi longtemps que la garantie subsiste* ». On voit que le blocage du compte et l'affectation spéciale des sommes suffisent, sans qu'il soit besoin de faire référence à un hypothétique droit de rétention.

² Sorte de « *pacte commissaire légal* » qui permet l'attribution automatique de la propriété en cas de défaillance du débiteur et huit jours après une mise en demeure demeurée infructueuse, v. F. Lemaitre, th. précitée, n° 338, p. 570.

³ Pour une synthèse de tous les points de vue, v. *ibid.*, n° 185 et s., p. 277 et s. L'auteur préconise d'ailleurs la création d'une nouvelle sûreté, le nantissement de monnaie, pour mettre fin aux incertitudes.

⁴ V. cependant, pour une voix dissonante, G. Ansaloni, « Remarques sur l'efficacité du nantissement de créance », art. précité : « *ce n'est pas parce que le créancier nanti a reçu le paiement qu'il peut s'approprier la somme d'argent. En tant que créancier*

237. Avant toute chose, il s'agit de recenser les sûretés translatives de propriété sur la monnaie. Elles sont au nombre de quatre : il existe tout d'abord le gage de choses fongibles confondues, réglementé par l'alinéa 2 de l'article 2341 du Code civil ; on trouve ensuite la fiducie-sûreté du même Code, dont les textes prévoient expressément qu'elle peut porter sur une somme d'argent¹ ; il faut également citer la remise en pleine propriété d'une somme d'argent du Code monétaire et financier aux fins de garantir une obligation financière² ; on peut enfin ajouter le gage-espèces *sui generis* qui constitue une sûreté de choix pour la pratique, consistant en un transfert pur et simple de la propriété de la somme du débiteur au créancier, bien souvent son banquier³.

238. Seule la première des sûretés précitées est susceptible d'expliquer l'architecture du nantissement de créance après le paiement de la créance nantie. En effet, si l'on estime qu'après le paiement, le nantissement se transforme en gage sur les sommes reçues, alors la confusion de ces sommes devrait transférer leur propriété au créancier nanti. Certains auteurs estiment que le jeu du deuxième alinéa de l'article 2341 du Code civil⁴ est écarté par la référence, dans le deuxième alinéa de l'article 2364 du Code civil, à un délai d'attente de 8 jours après la mise en demeure du constituant défaillant pour que le créancier nanti puisse imputer les sommes sur sa créance⁵. A rebours de cette idée, nous pensons que cet article n'est pas mal rédigé mais plutôt lacunaire. En effet, il n'envisage pas le cas de figure dans lequel les parties auraient décidé du mélange des sommes entre les mains du créancier nanti. L'article prévoit seulement le cas dans lequel les sommes sont versées sur un compte bloqué ouvert au nom du créancier : il est clairement indiqué que le créancier doit conserver les fonds remis, obligation qui résulte de l'existence d'un véritable gage sur les sommes⁶. Le deuxième alinéa de l'article 2341 du

nanti, il reste soumis à la loi du concours et si donc des créanciers dont le rang est meilleur entendent faire valoir leur privilège, on ne voit pas à quel titre le créancier nanti pourrait s'y opposer. Vouloir faire produire au nantissement de créance des effets que sa nature ne lui reconnaît pas, c'est supposer – à tort nous semble-t-il – que le paiement aurait une sorte d'effet novatoire ; qu'il aurait pour effet de transformer le nantissement de créance en une propriété-sûreté ».

¹ Art. 2372-3, al. 3 C. civ. : « La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite » (c'est nous qui soulignons).

² Art. L. 211-38 CMF.

³ V. Ph. Pinsolle et C. Dugué, « Affectation en garantie par une banque des actifs de sa clientèle », *Banque et Droit* janv.-fév. 1993, n° 16 et s., p. 8 ; T. Samin, « Gage-espèces et nantissement de compte », *Banque et Droit* hors-série déc. 2010, p. 25.

⁴ « Si la convention dispense le créancier de cette obligation [de tenir les choses gagées séparées des choses de même nature qui lui appartiennent], il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ».

⁵ V., déplorant cet état de fait, M. Julienne, th. précitée, n° 208, p. 147.

⁶ *Ibid.*, n° 213, pp. 149-150, qui propose une interprétation de l'article 2364 « à la lumière » des dispositions de l'article 2344 prévoyant l'obligation de conservation du gagiste avec dépossession.

Code civil devrait donc être applicable aux fonds reçus par le créancier nanti et confondus dans son patrimoine, en l'absence de textes exprès régissant une telle situation. Il n'en demeure pas moins que l'existence d'un gage translatif de propriété paraît très étrange. Il nous faudra élucider le mystère de la nature de cette sûreté avant de pouvoir proposer une clarification du désordre existant actuellement en matière de sûretés monétaires.

239. Débat sur la nature du gage translatif de propriété. Le mélange de choses fongibles altère la physionomie des contrats dont elles forment l'objet. Ainsi, le gage de choses fongibles mélangées entre les mains du créancier était nommé « gage irrégulier » par analogie avec le dépôt irrégulier¹. Le régime de ce type de gage tranche totalement avec les règles classiquement appliquées en matière de sûreté : au lieu de conférer au créancier un droit de préférence lui permettant de se placer en rang utile dans la distribution du prix de vente du bien grevé, le gage irrégulier transfère au créancier la propriété des biens fongibles confondus. Le constituant devient alors un simple créancier de restitution. Deux justifications sont traditionnellement employées au soutien de cette solution étonnante² : par le mélange des choses fongibles, il serait impossible pour le propriétaire d'identifier l'objet de son droit de propriété³ ; par ailleurs, la faculté de restituer les biens remis par équivalent ouvrirait au créancier le droit de disposer de l'assiette de sa garantie⁴, avalisant par là même le transfert de propriété. Par la suite, la consécration de l'existence d'un gage de choses fongibles translatif de propriété devrait condamner définitivement l'existence du soi-disant « gage irrégulier ». En

¹ V., entre autres, J.-P. Apprill, « Le nantissement des créances et des comptes », art. précité, p. 498 ; *Cours de droit civil français*, T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, Rousseau et C^{ie}, 2^e éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, 1948, n° 155, p. 156 ; M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.*, n° 900, p. 592 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, *Les sûretés réelles*, LGDJ, 2^e éd. par E. Becqué, 1953, n° 77, p. 84. La jurisprudence ne s'est pas montrée défavorable à cette idée. Pour un « dépôt de garantie » transférant la propriété des sommes au créancier, v. Com., 17 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 178, p. 142 (91-20083) ; D. 1995. 124, n. C. Larroumet : « dès l'instant de leur remise à la COGEMCO ou à son syndic, les sommes déposées à titre de garantie de l'exécution de ses obligations par le locataire-gérant sont devenues, en raison de leur nature fongible, la propriété de la COGEMCO à l'égard de laquelle M. X. ne disposait plus que d'un droit de créance ».

² Sur tous ces points, P.-G. Marly, th. précitée, n° 203 et s., pp. 180-181 ; S. Torck, th. précitée, n° 124 et s., p. 88 et s.

³ Ce qui explique le maintien du droit de propriété du constituant d'un gage de choses fongibles individualisées. Cette individualisation a une portée essentiellement probatoire, v. M. Laroche, *Revendication et propriété – Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. Théry, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 24, 2007, n° 295, p. 195 ; P.-G. Marly, th. précitée, n° 141, pp. 133-134.

⁴ Tout en devant demeurer en état de restituer la somme gagée, v. la note du Conseiller Barbier sous Crim., 14 mai 1875, *DP* 1876. I. 46 : « s'agissant de choses fongibles, il en résulte que celui qui les a reçues en nantissement n'a point à les conserver et à les rendre en nature, comme un véritable dépositaire, mais qu'il doit toujours conserver et être prêt à en rendre la valeur, sous peine d'abus de confiance. Il aura pu [...] faire emploi de la somme, mais il n'aura pu la dissiper, l'anéantir, en l'appliquant à ses besoins, sans aucunes ressources pour la remplacer ».

effet, si le transfert de propriété peut faire partie des effets du gage de droit commun, le gage translatif n'a plus rien d'irrégulier¹.

240. La question de la nature du gage de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier change alors de terrain : une telle garantie doit-elle être qualifiée de gage ou de fiducie-sûreté ? Ce débat oppose les tenants d'une conception « matérielle », favorables à la qualification de gage, qui estiment que le transfert de propriété vient de la nature des choses,² et les partisans d'une conception « intentionnelle »³, favorables à la qualification de fiducie-sûreté, dont l'idée est de chercher le fondement de ce transfert dans la volonté des parties⁴. Nous pensons qu'aucune de ces théories n'est entièrement juste et que la clarification du régime des sûretés monétaires passe par la prise la compte des caractéristiques du bien-monnaie et de la volonté des parties, tout en remettant en question « l'argument d'autorité »⁵ selon lequel la simple remise de choses fongibles qui se mélangent avec celles du créancier suffit à lui en transférer la propriété.

241. La qualification de fiducie, gage de cohérence. Ainsi, il nous est apparu que toutes les sûretés translatives de propriété de sommes d'argent devraient être qualifiées de fiducies, mais selon deux régimes différents. D'une part, la fiducie dont le régime est défini aux articles 2011 et suivants du Code civil permet l'affectation en garantie de sommes d'argent

¹ En ce sens, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 808, p. 603.

² J.-F. Adelle, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RDBF* mars-avril 2007, étude 5, spé. n° 11 ; A. Cerles, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », art. précité ; D. Doise, « Nantissement de monnaie, de comptes et de valeurs mobilières », art. précité, n° 4, p. 31 : « nous ne nions pas l'existence, à côté du gage, de sûretés-propriétés, mais nous ne pensons pas que le seul critère du transfert des éléments matériels de la propriété d'une chose soit suffisant pour faire perdre à un gage sa qualification. En réalité, la difficulté de qualification des sûretés sur argent découle de la nature même de l'argent » et n° 9 et s., p. 33 et s. ; D. R. Martin, « Du gage-espèces », art. précité, spé. n° 12 et 13. Ces auteurs mettent essentiellement en avant le fait que la monnaie soit une chose consommable et fongible. Ils refusent en revanche la qualification de fiducie aux motifs que la volonté implicite des parties ne peut suffire à transférer la propriété de la monnaie et que la réalisation par compensation est impossible. Pour une conception originale, fondant le transfert de propriété sur l'accession par adjonction, v. G. Cuniberti, « Le gage-espèces », art. précité, n° 14 et s.

³ Parmi une littérature abondante, on peut citer D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », art. précité ; M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », art. précité, spé. n° 9, p. 336 : « la remise pure et simple d'une somme en garantie d'une créance correspond à un concept avec lequel nous nous sommes familiarisés : celui de sûreté-propriété. Ce concept a maintenant sa place en droit positif et il n'y a aucune raison de refuser de l'appliquer à la garantie sur l'argent » ; P. Crocq, th. précitée, n° 305 et 306, pp. 257-261 ; F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD Civ.* 1995. 307. Ces auteurs estiment que seule la volonté des parties doit être prise en considération. Lorsqu'elles ne définissent pas de condition d'individualisation des biens gagés, elles optent implicitement pour la qualification de cession fiduciaire. Les autres membres de ce courant se fondent sur la réalisation par compensation entre la créance garantie et la créance de restitution pour en déduire que la sûreté est une fiducie.

⁴ Cette typologie a été mise en place par F. Lemaitre, th. précitée, n° 185 et s., p. 277 et s.

⁵ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n. 228, p. 216.

individualisées dans un patrimoine d'affectation, ce qui n'est pas le sujet de nos développements. D'autre part, le gage prétendument translatif de l'article 2341, la remise en pleine propriété d'une somme d'argent pour garantir une obligation financière et le gage-espèces *sui generis* de la pratique devraient également être qualifiés de fiducies-sûretés, mais il s'agirait alors de fiducies innommées¹.

242. En effet, si l'on excepte la constitution d'un patrimoine d'affectation dans la première hypothèse, qu'y a-t-il de si différent dans la structure des quatre sûretés précitées ? Le transfert de propriété n'est réalisé qu'à titre de garantie, ce qui implique, à la charge du créancier, une obligation de restitution des sommes remises lorsque le débiteur s'acquitte de sa dette. Le bénéficiaire acquiert le droit de disposer des sommes à titre temporaire seulement, ce qui a fait dire à un auteur que, même si « *le texte [de l'article 2341] parle de « transfert de propriété » ; il s'agit plutôt d'un transfert de pouvoir avec conservation de la propriété en valeur* »². La même idée est applicable à la remise en pleine propriété garantissant une obligation financière, voire au gage-espèces de la pratique, si l'on accepte d'abandonner l'idée du dépôt irrégulier translatif de propriété en matière de comptes bancaires³. Enfin, le mode de réalisation de ces quatre sûretés est identique : loin de s'achever par une compensation légale illusoire⁴, la fin de l'opération débouche en réalité sur la conversion de la propriété fiduciaire

¹ Rapp. D. Robine, *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 400, 2003, n° 567, p. 318 et s. ; P.-G. Marly, « De quelques avatars du gage de compte d'instruments financiers », *Banque et Droit* sept.-oct. 2005, p. 35 : « *l'idée d'un gage conférant au bénéficiaire la propriété de l'objet nanti n'est pas nouvelle. Ainsi en est-il du gage-espèces, volontiers qualifié de gage irrégulier par analogie avec le dépôt irrégulier qui transmet au dépositaire la propriété des biens déposés, à charge pour ce dernier d'en restituer de semblables. Toutefois, il est acquis que le gage irrégulier n'a de gage que le nom, et n'est en réalité qu'une fiducie à titre de garantie* », ou encore S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites – Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007, n° 125, pp. 104-105. Comp. toutefois L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 275, p. 239, proposant sa vision du sens de l'art. 2341 C. civ. : « *nous optons donc pour une interprétation [...] raisonnable, qui n'apparaît pas dans la lettre du texte mais certainement dans son esprit : considérer que l'alinéa 2 consacre le transfert de propriété fondé sur la confusion de choses fongibles, et permettre aux parties, dès lors que le transfert de propriété est volontaire, de recourir à une véritable fiducie-sûreté en dehors de ce cadre, qu'il y ait ou non individualisation des sommes versées* ».

² L. Aynès, « Le gage des meubles corporels », *Dr. et Patr.* sept. 2005, p. 63 et s.

³ En ce sens, en faveur de l'admission du droit de propriété des déposants, E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », *D.* 1996. 277, C. Gijsbers, th. précitée, n° 561, pp. 565-567 ; D. R. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002. 3279. Ces auteurs invoquent tous des arguments très forts au soutien de leur prétention : le maintien du droit de propriété du déposant est conforme à sa volonté, la monnaie scripturale est un bien incorporel distinct d'une simple créance et la qualité de propriétaire assure une meilleure protection aux clients en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'établissement de crédit. V. également, favorable à l'action en revendication des seuls mandants propriétaires de sommes d'argent, T. Le Gueut, « La propriété, source de préférence : le principe d'égalité contourné - Le sort des propriétaires de sommes d'argent », *BJE* nov. 2019, p. 62 et s.

⁴ Ce qui a été d'abord mis en lumière par C. Larroumet, n. sous Com., 17 mai 1994, précitée : « *La compensation légale de droit commun ne peut opérer qu'entre des créances réciproques et fongibles, qui sont également liquides et exigibles (art. 1291 c. civ.). Or, la condition d'exigibilité des deux créances ne saurait être remplie en ce qui concerne le transfert fiduciaire. S'il est vrai qu'à*

en propriété pleine et entière¹, soit la mise en oeuvre d'un pacte comissoire². La cohérence perdue des sûretés monétaires pourrait donc être retrouvée si la jurisprudence consentait à interpréter le deuxième alinéa de l'article 2341 et le gage-espèces *sui generis* de la pratique comme une seule et même fiducie-sûreté innommée³. Il s'agirait d'une institution originale, qui conférerait un droit exclusif au créancier sans remettre en cause le droit de propriété du constituant, grâce au mélange de choses fongibles accepté par les parties. Il ne serait pas inutile de disposer de cet instrument à côté de la fiducie des articles 2011 et suivants : en effet, le régime de la fiducie avec patrimoine d'affectation, bien plus détaillé, convient à des opérations complexes⁴, d'une certaine ampleur, alors que la fiducie-sûreté innommée sur sommes d'argent confondues est d'une grande simplicité de constitution et serait idéale pour garantir les crédits de faible et moyenne importance que les banques accordent à leurs clients⁵. Le domaine de cette

l'échéance la créance garantie est exigible, il n'en va pas de même de la créance du remettant envers le fiduciaire. En effet, le fiduciaire est en droit de conserver les sommes à lui remises tant qu'il n'a pas obtenu satisfaction de son débiteur, le remettant. En d'autres termes, tant que le remettant ne s'est pas exécuté envers le fiduciaire, la créance de restitution qu'il a envers celui-ci n'est pas exigible. C'est l'exécution de son obligation par le remettant qui va rendre exigible sa créance de restitution. Dès lors, la compensation légale des art. 1289 et s. c. civ. ne peut être envisagée ». V. également, par la suite, L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 359, pp. 310-312 ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 106 et s., p. 103 et s. ; F. Lemaitre, th. précitée, n° 200 et s., p. 301 et s. ; D.R. Martin, « Du gage-espèces », art. précité, n° 11 ; A. Maynadier, « La fiducie-sûreté face au pacte comissoire : leurre ou panacée ? », *JCP E* 1998, p. 932 et s. La jurisprudence ne semble pas non plus être favorable au jeu de la compensation conventionnelle, v. Com., 3 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 165, p. 147 (n° 95-13365) et les observations de J. François, *D.* 1998. 61.

¹ C. Gijsbers, th. précitée, n° 108, p. 105, estime qu'il se produit alors une extinction du droit de propriété-sûreté et une acquisition du droit de propriété véritable ; F. Lemaitre, th. précitée, n° 346 et s., p. 580 et s. Si cette interprétation de l'article 2341, al. 2 est consacrée, il sera nécessaire que le législateur intervienne pour prévoir un dénouement du gage de sommes d'argent confondues par l'acquisition de la libre disposition des fonds perçus. L'attribution du bien en propriété n'est pas un mode de réalisation adapté à la fiducie-sûreté, v. D. R. Martin, « Du gage-espèces », art. précité, n° 23.

² V. *supra*, n° 97.

³ Rapp. C. Kuhn, « Le droit commun du gage », *LPA* 27 mars 2008, p. 37 et s., n° 30 : « quand le débiteur remet entre les mains de son créancier une somme d'argent, l'opération peut constituer un gage-espèces. L'alinéa 2 de l'article 2341 forme un support légal parfait pour cette opération ». Comp. A. Aynès, *RDC* avril 2008, p. 425 et s., n° 8, obs. précitées, estimant que le gage de choses fongibles et le gage-espèces sont deux figures irréductibles, tant en raison de la volonté des rédacteurs de l'ordonnance de 2008 que du fait de leur différence de nature. Les enseignements tirés du droit comparé incitent également à se prononcer en ce sens, S. Bros, « Les garanties sur sommes d'argent », in C. Larroumet (dir.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Ed. Panthéon-Assas, Colloques, 2016, spé. p. 81 et s. En revanche, la garantie financière prévue à l'art. L. 211-38 CMF est autre chose encore : en tant que sûreté du droit financier, elle immunise son bénéficiaire aux effets de la procédure collective du constituant, ce qui n'est pas le cas des autres sûretés sur monnaie, v. *infra*, n° 858 et s.

⁴ En un sens similaire, A. Gourio, « La fiducie-sûreté : utilité et avenir », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 73.

⁵ En ce qui concerne la monnaie scripturale, l'application du régime du gage de choses fongibles suppose que l'on reconnaisse sa nature de bien incorporel autre qu'une créance, ce qui permet ainsi le jeu du renvoi du cinquième alinéa de l'article 2355 C. civ. En ce sens, R. Bonhomme, « Virement », *Rép. com.*, oct. 2014, n° 41 et s. ; P. Didier, « Monnaie de compte et compte bancaire », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 139 et s. ; J.-L. Rives-Langes, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairies techniques, 1968, p. 405 et s. ; S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RDBF* janv. 2008, étude 2, n° 24

sûreté serait en outre bien plus large que celui de la fiducie-sûreté avec patrimoine d'affectation¹.

243. Avantages pratiques de la qualification de fiducie. Cette proposition comporte-t-elle des éléments de nature à rebuter les banquiers ? Nous ne le pensons pas. Elle a, tout d'abord, l'avantage de sécuriser les praticiens, qui doutaient de la validité du montage employé jusqu'ici². Ensuite, elle n'exigerait pas de modification importante de leurs habitudes. La constitution du gage suppose un écrit³, mais la pratique du gage-espèces *sui generis* reposait évidemment sur l'établissement d'une convention. L'opposabilité aux tiers, réalisée par la dépossession du constituant qui effectue un virement sur un compte bloqué à son égard, ne pose pas non plus de problème majeur. En outre, la réalisation du mélange des sommes d'argent sera très simple à effectuer : il suffira au banquier d'ouvrir un seul compte à son nom afin d'accueillir tous les fonds affectés en garantie par ses clients⁴. De la sorte, la confusion de toutes ces sommes entre les mains du banquier entraînera la constitution d'une fiducie-sûreté à son profit et donc d'un droit exclusif lui assurant le paiement de sa créance. L'interprétation proposée du deuxième alinéa de l'article 2341 du Code civil serait donc à la fois un facteur de sécurité juridique et de protection du créancier, notamment pour le créancier nanti ayant reçu le paiement de la créance nantie avant l'échéance de sa propre créance. La réalisation de la sûreté par conversion de la propriété fiduciaire en pleine propriété serait alors l'aboutissement d'un processus simple assurant son paiement.

244. Bilan : le nantissement, entre gage et fiducie. Suivant le mot de M. Aynès – mais pas son idée – nous pensons également que le nantissement de créance se trouve entre gage et

¹ Comp., S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », art. précité, n° 21 : « *les formalités de constitution de la fiducie sont [...] passablement plus lourdes que celles du gage et, de ce point de vue, peut-être est-il regrettable d'y avoir soumis, par défaut, le gage-espèces constitué en monnaie scripturale, opération courante s'il en est et qui aurait certainement mérité un traitement allégé* ».

² En ce sens, T. Samin, « Gage-espèces et nantissement de compte », art. précité. Cette inquiétude est justifiée à notre sens, en raison de l'existence du *numerus clausus* des sûretés réelles, sur lequel v. *infra*, n° 534 et s. Pour le moment, on se contentera d'indiquer que la Chambre commerciale, par son arrêt du 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 250, p. 275 (n° 05-16395), semble refuser aux parties la possibilité de constituer des fiducies-sûretés innommées, hors des textes prévoyant l'existence de telles garanties. La jurisprudence va requalifier le montage réalisé, qui ne sera valable que s'il obéit aux conditions de validité de la sûreté réelle la plus proche. Réintégrer la sûreté de la pratique dans le giron du second alinéa de l'art. 2341 C. civ. permettrait d'assurer aux praticiens la validité de leur garantie. V. cependant L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 268, pp. 228-230, réfutant tous les arguments au soutien de la requalification.

³ Art. 2336 C. civ.

⁴ V., dans une telle hypothèse, favorable à l'acquisition d'un droit exclusif par le créancier, S. Torck, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RDBF* juill. 2006, étude 12, n° 14.

fiducie. Dans sa phase initiale, il s'agit d'un gage sur créance conférant un droit préférentiel à son titulaire. Une fois la créance nantie payée et les fonds remis au créancier nanti, il se change en fiducie-sûreté portant sur de la monnaie, ce qui justifie l'exclusivité de son droit : faute de sûretés antérieures munies de droits de suite, le titulaire d'un droit de préférence ne peut remettre en cause la situation du créancier nanti¹. Bien loin de s'analyser comme une sûreté totalement nouvelle, sortie du néant juridique par la grâce de la réforme du 23 mars 2006, un « *orphelin [...] qui ne se rattache plus à aucune institution modèle* »², il ne semble consister qu'en une généralisation de la technique du nantissement de marché public, sûreté divisée en deux phases : un droit de préférence sur la créance nantie, le droit du créancier pouvant être remis en cause par le titulaire d'un droit de préférence de meilleur rang ; un droit exclusif sur la somme d'argent payée par le débiteur de la créance nantie, l'inopposabilité des droits de préférence des créanciers concurrents dans le nantissement de marché public trouvant enfin sa justification par la qualification retenue de fiducie-sûreté sur somme d'argent. L'efficacité d'une telle sûreté est donc assez forte lorsque le constituant se trouve *in bonis*. Mais contrairement à l'avis de la doctrine majoritaire, elle ne nous paraît pas à toute épreuve en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur de la créance garantie.

B) Le droit exclusif incertain du nanti sur les fonds en procédure collective

245. Fondement et discussion. Selon la majorité des auteurs, l'exclusivité du droit du créancier nanti en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de son débiteur a été affirmée par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 26 mai 2010³. Il était question d'un prêt destiné à l'acquisition d'un immeuble et garanti notamment par une cession des créances de loyers par le propriétaire au bénéfice du prêteur. Après la signification

¹ L'existence de cette fiducie est justifiée par notre interprétation de l'art. 2364 C. civ. à la lumière des dispositions régissant le nantissement de marché public. L'avantage éminent attaché à cette solution est l'élimination de tout risque de recours d'un autre créancier une fois le bénéficiaire du nantissement en possession des fonds, v. *supra*, n° 219 et s. Toutefois, dans l'hypothèse d'un nantissement non notifié et du versement des fonds représentant la créance nantie sur un compte bloqué dont le constituant est titulaire, l'exclusivité du droit du créancier nanti découle de l'application des règles relatives aux procédures civiles d'exécution et non de la qualification de fiducie, v. *supra*, n° 234.

² M. Julienne, « Le nantissement de créance : un outil efficace ? », in N. Borge et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2016, n° 1, p. 133. V. également C.-A. Michel, th. précitée, n° 191, p. 205 : « *par l'élaboration du régime du nantissement, le législateur a voulu passer outre la dialectique sûretés traditionnelles – sûretés-propriétés* ».

³ Com., 26 mai 2010, *Bull. civ. IV*, n° 94 (n° 09-13388), précité.

de la cession aux locataires, le prêteur percevait lui-même le montant des loyers. Par la suite, une procédure de redressement a été ouverte à l'encontre du propriétaire, procédure qui fut convertie en liquidation quelques mois plus tard. A partir de cette date, le locataire a payé directement les organes de la procédure, le liquidateur refusant ultérieurement de restituer les sommes au prêteur. Une cour d'appel a exclu la commission d'une faute par le liquidateur, estimant que la cession ne constituait qu'une « modalité [...] de remboursement du prêt [qui n'était donc] pas constitutive d'une sûreté ». La Chambre commerciale a cassé cet arrêt au visa de divers articles du Code civil, requalifiant la cession de créance de droit commun à titre de garantie, lorsqu'elle est signifiée, en nantissement de créance¹. La Cour de cassation reproche donc à la cour d'appel de ne pas avoir retenu l'engagement de la responsabilité du liquidateur. De cette solution, de nombreux auteurs ont déduit que le créancier nanti devait disposer d'un droit de rétention sur la créance, en raison de la dépossession du constituant réalisée par la signification. Bien que rendue sous l'empire du droit antérieur, cette solution devrait être étendue sans mal au nantissement de créance actuel, en raison de la rédaction du premier alinéa de l'article 2363 du Code civil².

246. Il nous paraît cependant un peu audacieux de déduire une telle solution d'un seul arrêt. Tout d'abord, peut-on affirmer que la décision du 26 mai 2010 consacre le droit de rétention du créancier nanti ? Nous nous rangeons davantage du côté des commentateurs prudents qui n'y voient rien de tel. Deux arguments paraissent écarter cette idée. Premièrement, il apparaît à la lecture que le terme de « droit de rétention » est absent de l'arrêt. C'est le service de la documentation de la Cour de cassation, lors du titrage au Bulletin, qui a jugé bon d'ajouter cette mention. Or, on peut douter de sa légitimité en la matière. Deuxièmement, alors que la majorité des auteurs estime que la signification permet de réaliser la dépossession du constituant rendant le droit de rétention efficace, la Cour a refusé de se prononcer sur cet argument, pourtant avancé par le pourvoi³. C'est dire que les juges n'ont pas tranché la question de savoir si le

¹ Comme elle l'avait déjà fait par un arrêt du 19 décembre 2006, précité. Il faut toutefois remarquer que la requalification, dans ce premier arrêt, avait eu pour effet de rendre la sûreté inefficace après ouverture de la procédure collective.

² « Après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts ». V., développant ce raisonnement dans leurs notes d'arrêt, A. Aynès, *RDC* oct. 2010, p. 1338 et s. ; P. Crocq, *RTD Civ.* 2010. 597 et *D.* 2011. 406 ; Ph. Dupichot, *Dr. et Patr.* sept. 2010, p. 96 et s. V. également L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 508, pp. 449-450.

³ V. M. Julienne, th. précitée, n° 132-133, pp. 94-95.

pouvoir de blocage du créancier nanti était opposable aux tiers ou si, comme nous le pensons, ses effets sont limités aux rapports entre les parties à l'opération de nantissement.

247. De plus, il nous semble que l'arrêt n'a pas la portée que la majorité des auteurs lui confère. Il traite avant toute chose de la requalification de la cession de créance de droit commun à titre de garantie en nantissement de créance. Il faut se souvenir que la cour d'appel a approuvé la position du liquidateur au motif que la cession ne pouvait constituer une sûreté. Il se pourrait donc que la question à laquelle répond l'arrêt concerne essentiellement la qualification de l'acte litigieux¹. L'article 2071 ancien du Code civil étant notamment visé, il ne serait pas absurde de considérer que la cassation pour violation de la loi est plus spécifiquement une cassation pour fausse qualification de l'acte. L'arrêt ne se prononcerait alors pas sur la valeur du droit du créancier nanti.

248. Les incertitudes liées à l'arrêt du 1^{er} octobre 2013. Pour le savoir, il faut s'intéresser à l'épilogue de l'affaire. La Cour de cassation a mis fin au contentieux par un arrêt du 1^{er} octobre 2013 qui a nettement moins intéressé la doctrine². Le débat portait alors sur la teneur de la faute commise par le liquidateur. La Chambre commerciale a approuvé la solution retenue par la cour d'appel, selon laquelle « *en effectuant après [la date de réception de la lettre du prêteur rappelant l'existence de la cession] des règlements au profit de divers créanciers, alors qu'il [le liquidateur] reconnaît lui-même qu'il existait en l'espèce « un point litigieux en suspens sur la validité de la cession de créance et ses conséquences », il a commis une faute* ». Il est donc reproché au liquidateur son manque de diligence : au lieu de se hâter de régler les créanciers au moyen des fonds disponibles en excluant d'office de la distribution le prêteur bénéficiant de la cession, il aurait dû attendre que le litige afférent à la nature de ses droits soit réglé. Dans cet arrêt inédit, la Cour de cassation se prononce donc bien plus sur les obligations du liquidateur que sur la nature des droits du créancier nanti. Reste que celui-là a été condamné personnellement à payer à celui-ci la somme déclarée dans la procédure collective de son débiteur. Cela ne pousse pas nécessairement à se prononcer en faveur de l'exclusivité du droit

¹ En ce sens, C. Houin-Bressand, *BJE* mars 2011, n° 1, p. 28 ; M. Julienne, th. précitée, n. 1, p. 95 : « *Les juges du fond avaient considéré que le créancier n'était muni d'aucune sûreté. Or, cet élément suffit à expliquer la cassation. Tout le raisonnement des juges du fond était basé sur une mauvaise qualification de la situation envisagée. Ils avaient rejeté la demande dont ils étaient saisis, mais sans tenir compte de l'existence du privilège du demandeur* ».

² Com., 1^{er} octobre 2013, n° 12-19814.

du nanti, car rien ne dit que des créanciers chirographaires n'ont pas été payés sur les fonds disponibles à la place du créancier nanti... La décision de 2013 manque donc elle aussi de clarté : si la Cour de cassation estimait que le droit du créancier nanti était exclusif, pourquoi ne pas l'avoir dit ? Il nous semble donc qu'il est impossible de se prononcer avec certitude sur l'efficacité du nantissement de créance en procédure collective en se fondant seulement sur ces deux arrêts. Cette idée est renforcée par l'examen de la jurisprudence récente relative au traitement du nantissement de compte par les dispositions du Livre VI du Code de commerce.

249. La fragilité intrinsèque du nantissement de compte. Le nantissement de compte est plus qu'une simple variété du nantissement de créance. Si le législateur a décidé d'insérer l'article 2360 du Code civil au sein du régime de cette dernière sûreté, l'on ne peut fermer les yeux sur son particularisme très accusé : s'agissant d'un droit portant sur un compte en cours de fonctionnement, l'étendue de la garantie du bénéficiaire dépend du fonctionnement du compte. La sûreté, couvrant initialement la créance garantie de manière satisfaisante, peut devenir par la suite largement insuffisante en raison de débits successifs. La situation peut alors s'avérer extrêmement préoccupante pour le créancier en cas d'ouverture d'une procédure collective. Si le compte continue à fonctionner au cours de la procédure, le créancier risque d'être privé de sa garantie au moment où il en aurait le plus besoin¹. Le législateur a entendu ces craintes, lequel a déterminé que les droits du nanti auraient pour assiette le solde du compte au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, cette règle se logeant dans le deuxième alinéa de l'article 2360 du Code civil.

250. Dans l'optique de s'assurer une sécurité optimale, les créanciers ajoutent parfois à cette sûreté une clause de blocage conservatoire du compte nanti, permettant d'entraver le

¹ V., par ex., H. Synvet, « Le nantissement de compte », art. précité : « le nantissement interdit au constituant de disposer de la créance de solde, mais il le laisse libre de faire fonctionner le compte. Il peut ainsi y domicilier des paiements, effectuer des retraits, en bref vider le compte. Ce nantissement est donc une sûreté relativement « indolore » tant que le débiteur honore ses obligations. C'est également une sûreté aléatoire pour le créancier qui risque de découvrir, le jour de sa réalisation, un compte en position débitrice » ; S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », art. précité, n° 50 : « par rapport au nantissement de compte bloqué, l'affectation en garantie du solde d'un compte en cours de fonctionnement ne peut pas dissimuler sa faiblesse constitutionnelle, car la libre disposition des avoirs qui y sont inscrits laissée au débiteur rend fatalement très hypothétique la garantie offerte au créancier. Celle-ci dépend finalement de l'état du solde du compte au jour de la réalisation de la sûreté ou, en cas de procédure collective du débiteur, de l'état de ce même solde au jour du jugement d'ouverture [...] Autant dire que la garantie offerte au créancier est éventuelle comme la créance sur laquelle elle porte ».

fonctionnement du compte. S'il n'existe pas de clause-type¹, il s'agit là d'un mécanisme permettant au créancier d'interdire au teneur de compte de réaliser les ordres du client passés au débit du compte, certains de ces ordres pouvant être réalisés lorsqu'ils sont essentiels pour le débiteur, tel que le paiement des salaires. Alors que la doctrine majoritaire estimait déjà que la seule formule de l'article 2360 du Code civil permettait de conclure à l'existence d'un droit exclusif au profit du créancier nanti², cette clause aurait pour effet de copier l'architecture du nantissement de créance au sein du nantissement de compte : de la même manière que le bénéficiaire d'un nantissement de créance serait titulaire d'un droit exclusif, renforcé par la possibilité de conserver les sommes versées par le sous-débiteur en attendant l'échéance de sa créance, le bénéficiaire d'un nantissement de compte serait titulaire d'un droit exclusif renforcé par la possibilité de « conserver » le solde du compte en immobilisant les fonds qui y sont placés³. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par la Cour de cassation.

251. La fragilité du nantissement de compte en procédure collective. Cette dernière, au travers de deux arrêts rendus le 7 novembre 2018 et le 22 janvier 2020, s'est en effet prononcée en faveur de la soumission du créancier nanti aux contraintes de la procédure collective, la portée de ces décisions demeurant toutefois incertaine. Dans les deux espèces, le créancier nanti était le teneur de compte du débiteur et refusait, une fois la procédure collective ouverte à l'encontre de son client, de procéder au transfert du solde créditeur des comptes nantis

¹ Sur la possibilité de blocages seulement partiels, v. A. Arsac et M. Roussille, « Blocage d'un compte bancaire nanti – Réflexions sur la tenue de compte », *RDBF* mai 2014, étude 10, spé. n° 10 et s.

² C. Gijsbers et M. Julienne, « La clause de blocage conservatoire du compte nanti », *RLDC* janv. 2015, n° 10, estimant que, même si le blocage du compte par le biais d'une clause est impossible du simple fait de l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés des entreprises, « dans ce dernier cas, la sécurité du créancier nanti résulte directement de l'article 2360 du Code civil [...] A compter de ce jour [celui du jugement d'ouverture], le solde sera figé au profit du créancier nanti » ; H. Synvet, « Le nantissement de compte », art. précité : « l'application de l'article 2361 du Code civil signifie ici que les nantisements concurrents sont départagés en fonction de la date de leur constitution (et non de celle de leur notification au teneur de compte). Elle implique également que le créancier nanti tient en échec les saisies-attributions ou les avis à tiers détenteur qui interviendraient sur le compte après la conclusion de l'acte. C'est en cela que l'on peut dire que la constitution du nantissement réserve au créancier nanti les soldes créditeurs à venir. Et ce monopole vaut même à l'encontre d'une procédure collective dont ferait l'objet le constituant : dès lors que l'acte constitutif de nantissement a été établi avant l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires, la sûreté est opposable à la procédure (on n'ose dire : à la masse des créanciers) ». Comp. toutefois D. R. Martin, « Du gage-espèces », art. précité, n° 22 : « on attend avec intérêt – et malice – de savoir ce qu'il faut entendre par « les droits du créancier portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture » (al. 2) et comment l'application à donner à ce texte insidieux s'harmonisera avec le régime des créances dans les procédures de défaillance. Où l'on verra sans doute que les suites prêtées à cette formule seront celles d'un gage corporel ».

³ C. Gijsbers et M. Julienne, « La clause de blocage conservatoire du compte nanti », art. précité, n° 7 : « dans un nantissement de créance classique, le bénéficiaire peut, lorsqu'il craint l'insolvabilité du constituant, notifier sa sûreté au débiteur de la créance nantie, encaisser le paiement et conserver par-devers lui les sommes, à titre conservatoire, jusqu'à l'échéance de la créance garantie. Or, du fait même de la nature de la créance de solde, cette possibilité n'est pas ouverte au bénéficiaire d'un nantissement de compte. On comprend dès lors que les parties puissent souhaiter recréer un mécanisme comparable, en autorisant le créancier à immobiliser le compte lorsque les circonstances le feront douter de la solvabilité à terme du débiteur ».

vers un autre établissement de crédit, disposé à financer l'entreprise en difficulté. Le débiteur continuait pourtant de régler les échéances du prêt avec ponctualité. Dans son premier arrêt, la Cour de cassation refuse au créancier nanti la possibilité de bloquer le fonctionnement du compte : le débiteur ayant régulièrement exécuté ses obligations, il n'était pas défaillant, ce qui interdisait à la banque de « *procéder à la réalisation de la sûreté par la rétention des soldes créditeurs des comptes nantis* »¹. Dans la deuxième décision, la banque créancière entendait mettre en œuvre sa clause de blocage du compte nanti, ce qui lui a été refusé : le débiteur n'étant pas défaillant, bloquer le compte serait revenu à « *prélever sur les comptes une partie du capital prêté par voie de compensation [ce qui] opère comme une résiliation unilatérale du contrat de prêt en contrariété avec les dispositions de l'article L. 622-13 du Code de commerce* »². Les deux arrêts aboutissent donc à la même solution, l'ouverture de la procédure collective ne pouvant à elle seule conférer au bénéficiaire d'un nantissement de compte le droit de bloquer le fonctionnement du compte nanti³. La plupart des commentateurs ont émis des réserves quant à la motivation de ces arrêts. On ne peut en effet qu'être perplexe face à la rétention qui vaudrait réalisation de la sûreté. Seule l'imputation des fonds sur la créance garantie mérite cette appellation. Il est également possible de discuter du point de savoir si la référence à l'article L. 622-13 du Code de commerce est réellement pertinente. Mais l'essentiel est ailleurs, et concerne les conséquences pratiques des décisions de 2018 et 2020, qui soumettent le bénéficiaire d'un nantissement de compte aux contraintes de la procédure collective⁴.

252. La négation du droit exclusif du bénéficiaire d'un nantissement de compte. Peu important l'existence d'une clause de blocage conservatoire, si l'article 2360 du Code civil conférerait effectivement un droit exclusif sur le solde créditeur du compte nanti au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, la Cour de cassation n'aurait pas jugé en ce

¹ Com., 7 novembre 2018, n° 16-25860.

² Com., 22 janvier 2020, n° 18-21647 ; *JCP E* 2020. 1119, n. C. Favre-Rochex ; *RTD Civ.* 2020. 164, obs. C. Gijsbers ; *JCP G* 2020. 423, n. J.-D. Pellier ; *JCP E* 2020. 1204, n° 4, obs. Ph. Pétel.

³ La mise en œuvre de la clause ayant été demandée alors qu'une procédure de redressement judiciaire était ouverte à l'encontre du débiteur, la solution retenue par les deux arrêts fonctionne avec l'interprétation que nous retenons du régime du nantissement de créance : s'analysant comme un simple gage sans dépossession, la sûreté ne peut conférer de droit exclusif à son bénéficiaire au cours de la procédure de redressement judiciaire, v. *infra*, n° 695 et s., ainsi que n° 725.

⁴ En ce sens, J.-D. Pellier, obs. précitées : « *c'est donc en réalité, la finalité de la procédure collective qui a dicté la solution, pourtant contraire à la logique du nantissement de compte* » ; Ph. Pétel, obs. précitées : « *la référence à l'article L. 622-13 n'est pas l'élément le plus heureux du raisonnement car il est admis depuis longtemps qu'un prêt, une fois réalisé, n'est plus un contrat en cours. Néanmoins, l'idée sous-jacente n'est pas fautive. Il est vrai que le régime des contrats en cours et celui des poursuites individuelles révèlent un principe général selon lequel la procédure collective ne peut être le facteur déclenchant de la rupture d'un contrat au gré du cocontractant de l'entreprise en difficulté* ».

sens. Elle aurait approuvé la banque d'avoir refusé le transfert du solde créateur dans les livres d'une autre banque, ce transfert aboutissant à priver la banque nantie de sa garantie. Or, alors que la question a été expressément soulevée dans le pourvoi ayant donné lieu à la décision du 22 janvier 2020¹, la Haute cour répond simplement que « *l'article 2360 [...] concerne l'assiette de la garantie que pourra faire valoir le créancier dans le cadre de sa déclaration de créance* ». Bien que ces termes soient un peu trop restrictifs, on peut en retenir l'idée générale : l'article 2360 du Code civil ne se prononce pas sur la vigueur des droits du créancier nanti – droit de préférence ou droit exclusif – mais sur l'étendue de la garantie. Comment ne pas y voir un parallèle avec la situation du bénéficiaire d'un nantissement de créance ? Ce dernier est investi du droit de réclamer le paiement au sous-débiteur, puis d'immobiliser les fonds, mais reconnaître un droit exclusif à son profit sur le fondement de l'article 2363 du Code civil ne reviendrait-il pas, comme le dit la Cour de cassation, à « *vider de son sens « le potentiel » de la procédure de redressement judiciaire* » ? L'on voit mal comment les juges pourraient accorder d'une main aux bénéficiaires de nantissements de créances ce qu'ils viennent de retirer de l'autre aux titulaires de nantissements de comptes²...

253. L'article 2287 du Code civil, consacrant la primauté du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés, incite à se prononcer de la sorte : l'exclusivité *ab initio* défendue par la doctrine sur le fondement des textes du Code civil, qu'il s'agisse de son article 2360, 2363 ou 2364, peut être battue en brèche par le Code de commerce. Tant que le débiteur n'est pas défaillant, les titulaires de nantissements ne peuvent être investis du pouvoir de stériliser des fonds dont le débiteur a cruellement besoin afin de poursuivre son activité. Toutefois, même si l'on établit un principe d'absence d'exclusivité des bénéficiaires de nantissements sur les fonds, encore faut-il déterminer les modalités pratiques de mise en œuvre de ces garanties.

254. Traitement possible du nantissement de créance. En condamnant les bénéficiaires de nantissements qui refusent le transfert du solde créateur du compte nanti dans les livres

¹ Le pourvoi avançait ainsi l'idée que « *le nantissement de compte bancaire ne constitue pas un mécanisme de paiement de dettes antérieures au jugement d'ouverture, mais une garantie établie par le versement au créancier de fonds qui échappent au concours des autres créanciers et à toute éventuelle procédure collective, seul le montant objet du droit de rétention étant fixé à la date du jugement d'ouverture* ».

² En ce sens, R. Dammann et A. Alle, « Requiem pour le nantissement de compte bancaire ? », *D.* 2020. 1685.

d'une autre banque, la Cour de cassation affirme nettement l'absence d'exclusivité du droit du créancier. Dès lors, il n'est plus possible d'affirmer que les fonds inscrits en compte – ou les sommes perçues du sous-débiteur – sont gelés au profit du créancier nanti, ce qui aurait dû inciter à lui reconnaître un droit d'imputer immédiatement ces sommes sur sa créance, pour ne pas stériliser les fonds¹. Bien au contraire, est consacré un principe selon lequel le débiteur qui n'est pas défaillant doit pouvoir librement disposer des fonds affectés en nantissement. Il faut toutefois prendre garde à ne pas anéantir totalement la garantie du créancier, qui ne devrait pas être plus mal traité que les autres titulaires de sûretés conventionnelles. La question est délicate, l'utilisation des sommes d'argent, à l'inverse des autres biens sur lesquels le débiteur peut exercer son emprise, aboutissant à leur aliénation et donc à la disparition de la sûreté. Dès lors, ce problème ne peut être réglé qu'en raisonnant par analogie avec la vente de biens grevés de sûretés spéciales au cours de la procédure collective².

255. Lorsque les biens grevés de sûretés spéciales sont vendus au cours de la période d'observation, la protection du créancier passe par la consignation d'une quote-part du prix de vente correspondant aux créances garanties³. Le « prix » serait ici fixé par l'article 2360 du Code civil, soit le montant du solde créditeur du compte nanti au jour du jugement d'ouverture, ou de la somme d'argent reçue du sous-débiteur en cas de nantissement de créance. Le débiteur et les organes de la procédure pourraient ainsi disposer librement des fonds inscrits en compte ou issus de la créance nantie, contre consignation d'une quote-part fixée par le tribunal, à moins

¹ V., favorables à la reconnaissance d'une telle prérogative au créancier nanti, M. Julienne, th. précitée, n° 220, p. 156 : « *différer la réalisation de la sûreté en cas de procédure collective du constituant ne présente aucun intérêt. Aussi serait-il raisonnable de considérer que le nanti peut réaliser la sûreté qu'il détient sur les sommes perçues même en cas de procédure collective* » ; H. Synvet, « Le nantissement de compte », art. précité : « *la créance représentée par le solde créditeur du compte au jour du jugement d'ouverture est en quelque sorte « gelée » au profit du créancier nanti. Même si le compte continue de fonctionner, les écritures de débit postérieures à l'ouverture de la procédure (et qui ne participent pas de la régularisation des opérations en cours) ne viennent pas s'imputer sur la position créditrice constatée lors du prononcé du jugement [...] On voit [...] mal quel serait l'intérêt, du point de vue des finalités du droit des procédures collectives, de retarder le désintéressement du créancier nanti, alors que les sommes figurant au crédit du compte le jour de l'ouverture de la procédure ne peuvent être appréhendées ni par le débiteur, ni par l'administrateur, et ne sont donc pas susceptibles d'alimenter la poursuite de l'activité* ».

² Il ne nous paraît pas judicieux de se contenter d'interdire au créancier nanti de notifier sa sûreté une fois la procédure collective ouverte à l'égard du constituant. En ce sens, M. Julienne, « Le nantissement de créance : un outil efficace ? », art. précité, n° 18, pp. 145-146 ; J.-E. Kuntz et J. Cavelier, « Notification d'une cession Dailly ou d'un nantissement de créances et exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *BJE* mars 2015, p. 123 et s., spé. *in fine*. Ces auteurs rapprochent le traitement idéal de la cession « Dailly » et du nantissement de créance de celui de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition, en complétant l'article L. 622-23-1 C. com. d'un deuxième alinéa empêchant la notification lorsque le débiteur peut encore être sauvé. Rien n'empêcherait alors les créanciers de notifier massivement leurs nantissements, dès la constitution de leurs sûretés. Il s'agit là d'un faible prix à payer pour disposer d'un droit exclusif. L'interprétation des textes existant semble promise à un avenir plus fructueux.

³ Rapp. T. Le Gueut, n. sous Com., 22 janvier 2020, *BJE* juill.-août 2020, p. 15 et s., n° 3 : « *une sûreté sur l'argent pourrait certes résister aux procédures collectives, mais seulement dans la limite d'une certaine quote-part de la créance garantie, ce qui préserverait en partie les intérêts du banquier, sans pour autant asphyxier son client au moment où l'air se fait rare* ».

que le créancier nanti n'obtienne un paiement provisionnel en échange de la constitution d'un cautionnement ou n'accepte une substitution de garantie. Par la suite, des délais et remises pourront être acceptés par le créancier nanti, ou imposés dans certaines hypothèses¹. Lorsqu'arrivera le jour du paiement, contrairement aux titulaires de sûretés traditionnelles, il serait autorisé à faire jouer son droit exclusif afin d'appréhender seul la quote-part qui lui a été spécialement affectée.

256. Justification de l'affaiblissement des prérogatives du créancier nanti. On pourrait s'émouvoir de ce que l'on propose que le créancier nanti soit si mal traité, alors que la majorité de la doctrine lui accorde un droit exclusif. On peut pourtant trouver plusieurs explications à cette solution². Tout d'abord, le manque de clarté des textes relatifs aux divers nantissements ne permet pas de trancher de façon certaine en faveur de l'exclusivité ou de la préférence. Dès lors, il est possible d'analyser la première phase de cette sûreté comme un gage sur créance, ce qui conduit à traiter son bénéficiaire comme un gagiste pourvu d'un droit de rétention fictif en sauvegarde et redressement³, et donc de lui reconnaître des droits minimes.

257. Ensuite, cette proposition résulte pour partie de la nature très particulière de la somme d'argent, ce qui handicape davantage le créancier nanti. S'agissant d'un bien que le débiteur peut utiliser immédiatement pour payer ses dettes exigibles et éviter ainsi que sa situation n'empire, la distinction des procédures de sauvegarde et de redressement, d'une part, au cours desquelles les garanties devraient être paralysées et, d'autre part, la liquidation qui

¹ V., insistant sur la question des remises de dettes, C. Favre-Rochex, obs. précitées, n° 8, ainsi que M. Julienne, « Pitié pour le nantissement de compte ! », *RDC* juin 2020, p. 56 et s., n° 7 : « Si l'on en revient à l'article 2360 du Code civil, on constate qu'il évoque deux hypothèses : celle de la réalisation de la sûreté (al. 1er) et celle de l'ouverture d'une procédure collective (al. 2). Cette distinction implique à l'évidence que le second alinéa a vocation à jouer même lorsque le nanti n'est pas en mesure de réaliser sa sûreté parce que sa créance n'est pas encore échue. En pareil cas, le créancier exerce bien ses droits sur le solde nanti, mais dans leur seul versant conservatoire et sans pour autant réaliser sa sûreté [...] Cela ne signifie pas forcément que le créancier échappe totalement à la procédure collective. Il y demeure soumis tant qu'il n'a pas été en mesure de s'approprier définitivement les sommes. Il lui incombe à ce titre de déclarer sa créance (C. com., art. L. 622-24), laquelle pourrait bien être frappée d'une remise imposée par un comité de créanciers ».

² *Contra*, C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020, n° 383 et s., p. 358 et s., estimant que le mécanisme de la quote-part n'est pas adapté à cette hypothèse et que seule la technique du prélèvement d'une partie des sommes perçues peut permettre l'articulation harmonieuse de la protection des droits du créancier avec les finalités des procédures collectives.

³ Dans un sens similaire, C. Favre-Rochex, obs. précitées, n° 8 : « que l'assiette du nantissement soit immobilisée lorsque s'ouvre une procédure collective ne devrait pas impliquer que le créancier puisse librement réaliser sa sûreté nonobstant l'existence de la procédure. En effet, l'actif grevé demeurant logé au sein du patrimoine du débiteur, à la différence d'une sûreté-propriété, rien dans la nature juridique du nantissement de compte bancaire ne justifie que le créancier puisse se payer, en méconnaissance de l'ensemble des règles inhérentes à la procédure collective, dont l'interdiction du paiement d'une créance antérieure ».

devrait signer le retour en force de l'efficacité des sûretés, est largement théorique¹. Il serait totalement incohérent de faire parvenir un débiteur en liquidation judiciaire la trésorerie remplie de fonds affectés à la garantie des créanciers nantis.

258. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'attribution conventionnelle² et l'attribution judiciaire³ sont interdites en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement à l'encontre du débiteur : quelle raison pourrait justifier qu'il n'en soit pas de même pour le pacte comissoire intégré *ab initio* à l'architecture du nantissement de créance⁴ ? En l'état actuel des choses, l'imputation des sommes sur la créance garantie devrait être interdite dès l'ouverture de la procédure collective, même en cas de liquidation judiciaire⁵. Le pacte comissoire « classique », comme l'imputation des fonds sur la créance garantie, écartent tout recours à une intervention judiciaire, protectrice des intérêts du débiteur, qui justifie probablement la possibilité du recours à l'attribution judiciaire du gage en cas de liquidation⁶. La créance nantie ne devrait même pas pouvoir être attribuée au créancier nanti s'il en faisait la demande en liquidation judiciaire, la jurisprudence veillant au respect littéral des termes de l'article L. 642-20-1 du Code de commerce⁷.

¹ Sur l'efficacité variable des garanties suivant la procédure collective envisagée, v. F. Derrida, « Le crédit et le droit des procédures collectives », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 67 et s. ; D. Legeais, « De l'efficacité des garanties », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 428 : « on peut donc affirmer que les garanties doivent être totalement efficaces lorsque l'entreprise est condamnée et ne doivent pas l'être dans le cas contraire ». Ce principe mériterait toutefois d'être affiné, la liquidation judiciaire ne pouvant se contenter d'être une procédure désordonnée dans laquelle chacun mettrait en œuvre ses prérogatives sans considération pour l'ordre légal des droits de préférence, v. *infra*, n° 749 et s.

² V. les art. L. 622-7, L. 631-14 et L. 641-3 C. com.

³ Art. L. 622-21, II C. com.

⁴ En ce sens, M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.*, n° 994, p. 651 : « ce troisième mode de réalisation [attendre l'échéance de la créance garantie], qui peut sembler le plus simple, pourrait cependant être privé d'efficacité après l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal s'il venait à être assimilé à un pacte comissoire », ou encore C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 237, pp. 234-235 : « L'on peut toutefois douter de l'originalité de [l'imputation], indépendant de tout mode classique de recouvrement forcé puisque, le créancier s'appropriant définitivement les sommes conservées, c'est à l'évidence avec l'exécution d'un pacte comissoire que le dénouement du nantissement converge, le créancier s'appropriant définitivement la propriété de l'assiette de la sûreté. A ce titre, la réalisation de la sûreté devrait être interdite après le jugement d'ouverture de la procédure ». Si l'on accepte de voir dans le nantissement de créance, une fois les fonds versés par le sous-débiteur au créancier nanti, une fiducie-sûreté, l'imputation peut être qualifiée de « pacte comissoire implicite », v. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019, n° 109, pp. 148-149.

⁵ V., reconnaissant tout de même au créancier la possibilité de se faire payer grâce à la compensation des créances connexes, A. Aynès, « Le nantissement de créances de droit commun : quelle efficacité ? », *Banque et Droit* hors-série déc. 2010, p. 11 et « Les nouveaux droits de rétention : gage sans dépossession et nantissement de créance », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, n° 23, p. 93. Cependant, là encore, la compensation ne nous paraît pas admissible. En effet, comme en matière de réalisation de la fiducie-sûreté, la créance garantie et la créance de restitution ne sauraient exister en même temps, v. *supra*, n° 242.

⁶ Les termes de l'art. L. 642-20-1 C. com. interdisent en effet une extension de ses effets au-delà des frontières du gage, v. Com., 28 juin 2017, n° 16-10591.

⁷ En effet, le créancier nanti n'est pas un gagiste au sens littéral : sa sûreté ne porte pas sur un meuble corporel... V. *infra*, n° 755.

259. Le nantissement, révélateur des difficultés d'articuler droit des sûretés et droit des procédures collectives. Enfin, cette solution a le mérite de mettre en lumière l'existence d'un système à bout de souffle : l'articulation des sûretés réelles et des procédures collectives serait pleinement satisfaisante... si l'on ne traitait pas si bien les titulaires de droits exclusifs, ni si mal les titulaires de sûretés préférentielles. L'alternative à laquelle nous sommes confrontés revient à choisir entre deux mauvaises solutions : reconnaître l'exclusivité du créancier nanti et priver la procédure collective de fonds nécessaires au redressement de l'entreprise, ou nier cette exclusivité, ce qui revient à priver le créancier de tous ses droits sur les fonds qui lui ont pourtant été spécialement affectés. Les solutions manquent grandement de nuance. Il devrait être possible de laisser le débiteur disposer des fonds dans l'optique de redémarrer son activité sans fouler aux pieds les droits des titulaires de sûretés préférentielles. Pour cela, il faudrait diminuer à la fois l'efficacité des droits exclusifs et le poids du passif privilégié, qui ne vident pas moins les procédures collectives de leur potentiel que le nantissement de créance¹. Quoiqu'il en soit, telle qu'elle est posée, l'équation est insoluble². Le nantissement de créance a au moins le mérite de le révéler de façon éclatante : la proximité conceptuelle des droits exclusifs et des sûretés préférentielles doit déboucher sur un traitement équivalent par le droit des procédures collectives.

260. Conclusion de la section 2. Le nantissement de créance est devenu une sûreté plus efficace grâce aux nouveautés contenues dans l'ordonnance du 23 mars 2006, au premier rang desquelles se trouve le droit de poursuite octroyé au créancier nanti contre le débiteur de la créance nantie. Celui-ci permet à son bénéficiaire d'appréhender les sommes issues de cette

¹ En un sens similaire, C. Favre-Rochex, obs. précitées, n° 13 : « en neutralisant de la sorte la clause de blocage, la Cour de cassation invite à renouveler l'analyse de l'article 2360, alinéa 2, en considérant que l'ouverture d'une procédure collective n'emporte aucune immobilisation de l'assiette du nantissement de compte bancaire [...] Mais à ce compte, le sort de maintes sûretés réelles devrait être reconsidéré, en contemplation de leurs effets inconciliables avec le « potentiel » des procédures collectives, que l'on songe aux cessions de créances professionnelles, à la clause de réserve de propriété ou aux droits de rétention généreusement accordés, de concert, par la jurisprudence et le législateur ». Sur la question spécifique de la cession Dailly de créances de loyers, v. A. Lienhard, « Le sort de la cession de créance de loyers en cas de procédure collective du cédant », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, spé. p. 604 et s.

² Comp. C. Gijsbers, obs. précitées : « soit l'on reconnaît en effet au débiteur la liberté d'employer le solde créancier du compte à la poursuite de l'activité [mais] la monnaie étant consommable, le créancier est mécaniquement voué à perdre sa sûreté par évaporation de sa sûreté [...] soit l'on admet au contraire que les sommes nanties doivent être immobilisées dans l'intérêt du créancier, dont on ne voit pas alors pourquoi il ne pourrait pas se les approprier immédiatement en paiement de la totalité de sa créance [...] à quoi l'on serait cette fois tenté d'objecter que rien ne justifie d'épargner au créancier nanti les remises décidées dans un plan de sauvegarde ou de redressement ni, en cas de liquidation, de le soustraire à la compétition des créanciers éventuellement mieux classés que lui. Une solution satisfaisante reste donc à inventer qui, sans assécher la trésorerie de l'entreprise, ne sacrifierait pas pour autant les intérêts du créancier nanti ».

créance, ce qui explique l'exclusivité du droit du bénéficiaire à ce stade. Pour autant, l'efficacité de la sûreté ne nous semble pas à toute épreuve.

Le droit exclusif du créancier nanti sur les sommes perçues n'est pas la simple conséquence de son droit d'agir contre le débiteur. En effet, la jurisprudence relative aux opérations à trois personnes est riche de décisions démontrant qu'il est impossible de déduire du simple droit d'obtenir le paiement d'une créance le droit de conserver son produit. L'on peut toutefois envisager de considérer qu'il y a quelque chose de plus dans le nantissement de créance : une inopposabilité au nanti des droits préférables sur les sommes d'argent une fois celles-ci perçues. Cette solution peut se réclamer de la position de la doctrine et de la Cour de cassation en matière de nantissement de marché public. L'observation du régime du gage-espèces révèle le fondement de la vigueur du droit du créancier nanti sur les sommes recouvrées : il s'agit là d'une fiducie-sûreté sur sommes d'argent, excluant le concours avec les autres créanciers titulaires de droits sur la créance nantie. Cette exclusivité advient donc par accident, comme une conséquence de la nature de l'assiette de la sûreté.

Ainsi, il ne nous paraît pas juste de présenter le nantissement de créance comme une sûreté exclusive sans plus de précisions. Ceci est d'autant plus vrai que, dans le cas où le débiteur de la créance garantie fait l'objet d'une procédure collective, rien n'est moins sûr que l'efficacité du nantissement. L'arrêt présenté comme une preuve de sa force n'est pas si clair qu'on le dit et la réalisation par imputation ressemble trop à la mise en œuvre d'un pacte comissoire pour que le doute ne soit pas permis. Les décisions récentes de la Cour de cassation, privant le bénéficiaire d'un nantissement de compte de tout pouvoir de blocage sur le solde créditeur du compte nanti, incitent encore davantage à ne voir dans ce nantissement qu'un gage amélioré, soumis aux contraintes de la procédure collective. On peut alors imaginer traiter les créanciers nantis comme de simples titulaires de sûretés préférentielles, et limiter leurs droits à l'appréhension à titre exclusif d'une quote-part du montant de la créance affectée en garantie, la créance garantie pouvant en outre faire l'objet de délais et de remises.

261. Conclusion du chapitre. Il semble finalement que le nantissement de créance dont la doctrine vante les vertus ne soit rien de plus qu'un gage de créance simplifié permettant au créancier nanti de percevoir les sommes qui en sont le produit. Il s'agirait donc d'une sûreté tout à fait banale en théorie, si ce n'est que, son assiette étant constituée de sommes d'argent

une fois le paiement effectué par le sous-débiteur, le créancier bénéficie d'un droit exclusif qui prend la forme d'une fiducie-sûreté.

Dans sa première phase, lorsqu'il porte sur la créance nantie, le nantissement est un gage de créance. Le créancier nanti bénéficie alors d'un droit de préférence sur un bien qui fait partie du patrimoine de son débiteur. Jusqu'à l'échéance de sa créance, ses pouvoirs n'ont rien d'exceptionnel. Dépourvu de droit de jouissance et à défaut de transfert de la créance nantie à son profit, il doit être placé dans la même situation que le créancier qui exerce une mesure conservatoire : dans la hiérarchie des créanciers de son débiteur, il doit ainsi se placer au-dessus des chirographaires mais en-dessous des titulaires de privilèges de meilleurs rangs. Si l'un de ces créanciers dispose d'une créance exigible avant la sienne et qu'il décide de saisir la créance nantie, le bénéficiaire du nantissement de créance doit s'effacer.

En revanche, dans sa seconde phase, le nantissement de créance devient plus efficace. Après la réception du paiement, le créancier devient titulaire d'une sûreté sur une somme d'argent, ce qui lui permet de bénéficier d'une situation bien plus enviable. Que sa garantie porte sur le solde d'un compte qui lui est affecté, sur une somme d'argent individualisée qu'il détient ou qu'il s'agisse d'un « gage-espèces », il s'avère toujours titulaire d'un droit exclusif par application des règles relatives à l'affectation en garantie de la monnaie. Dans cette dernière hypothèse, la fiducie-sûreté dont il devient titulaire lui permet d'exclure les droits de tous ses concurrents. Cette faveur ne semble toutefois valoir que lorsque son débiteur est *in bonis*. En procédure collective, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée expressément en faveur de la reconnaissance d'un droit exclusif au profit du créancier nanti. Elle s'est contentée de sanctionner le liquidateur trop pressé de réaliser les répartitions avant que les droits de tous les créanciers ne soient définitivement fixés, puis a nié toute possibilité de blocage du compte nanti au profit du bénéficiaire d'un nantissement de compte. Par conséquent, il semblerait que la Cour de cassation manifeste sa volonté de soumettre le créancier nanti aux contraintes de la procédure collective.

L'incertitude qui pèse sur l'efficacité du nantissement de créance en cas d'ouverture d'une procédure collective nous paraît symptomatique de l'attitude à adopter à son égard : le doute est le comportement le plus sage. Que l'on approuve ou pas l'efficacité de la cession Dailly dans la procédure collective, elle repose en apparence sur un fondement solide, le transfert de propriété de la créance au cessionnaire. Le péché originel du nantissement de

créance, ce colosse aux pieds d'argile, est de ne pas indiquer clairement le fondement du droit soi-disant exclusif conféré à son bénéficiaire. Faute de justification expresse, cette garantie devrait être traitée comme toute sûreté réelle traditionnelle, exception faite de certaines règles imposées par la nature particulière de la créance de somme d'argent : l'exclusivité produit des effets bien trop graves vis-à-vis des autres créanciers pour être accordée aussi légèrement. Ainsi, la sécurité des créanciers semble davantage assurée par le recours à la cession Dailly ou à la cession de créance à titre de paiement à effet différé¹. Leur exclusivité en procédure collective peut être discutée, mais ces mécanismes ont pour eux de pouvoir la justifier. Le nantissement de créance, lui, semble n'être qu'un pis-aller utilisé afin de pallier l'absence d'une cession de créance à titre de garantie. Si d'aventure elle devait être introduite par la prochaine réforme du droit des sûretés², l'on voit mal ce qui justifierait le maintien du nantissement dans notre droit des sûretés³, de la même manière que la cession Dailly a totalement occulté l'existence du nantissement Dailly...

¹ En ce sens, Ph. Van Steenlandt, th. précitée, n° 334 et s., p. 241 et s. V. également, favorable au développement de la fiducie-sûreté du Code civil sur créances monétaires, O. Salvat, « De l'opportunité, pour le créancier garanti, d'une attribution partielle de la créance nantie », *RDBF* juill. 2014, étude 18, n° 12.

² L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant prévoit en effet cette introduction. Le futur article 2373 C. civ. poserait le principe que « *La propriété d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation par l'effet d'un contrat conclu en application des articles 1321 et suivants* » et le premier alinéa de l'article 2375 préciserait que « *le cessionnaire a sur la créance cédée un droit exclusif* », formule bien plus précise que les termes vagues employés dans la définition des droits du créancier nanti.

³ Comp. toutefois M. Julienne, « Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir ? », *RDC* juin 2018, p. 318 et s., spé. n° 11, listant les avantages d'un nantissement non-translatif par rapport à la cession Dailly : le constituant peut asseoir plusieurs sûretés sur la même créance et n'a pas à craindre que les créanciers du bénéficiaire ne saisissent la créance affectée, tandis que les autres créanciers du constituant peuvent encore exercer leurs droits sur la créance nantie, dans le respect des droits du bénéficiaire. Il va sans dire que ces avantages ne peuvent être retenus que si l'on estime que le nantissement de créance et la cession Dailly confèrent une protection équivalente à leurs bénéficiaires en cas d'ouverture d'une procédure collective, ce qui est loin d'être évident... V. également J.-D. Pellier, « Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 11, p. 257 et s., estimant que la future cession de créance de droit commun à titre de garantie sera à la fois plus efficace et plus simple que le nantissement de créance.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

262. Rapprochement des sûretés préférentielles et des droits exclusifs sur les biens du débiteur. L'évolution la plus marquante du droit des sûretés réelles à s'être produite au cours de ces dernières années repose sans doute sur le rapprochement constant de la préférence et de l'exclusivité. Alors que ces deux techniques de rupture de l'égalité entre les créanciers d'un même débiteur paraissaient initialement antinomiques, les réformes qui ont eu lieu à la fin du XX^e et au début du XXI^e siècle ont multiplié les points de contact entre les deux catégories de manière exponentielle. Les sûretés préférentielles confèrent parfois des droits exclusifs – il suffit de songer à la réalisation de ces sûretés par l'attribution de la propriété des biens grevés – alors que les sûretés exclusives ne sont pas toujours aussi efficaces qu'on le dit habituellement, des conflits se déclarant régulièrement entre les différents créanciers « exclusifs ». La fiducie-sûreté constitue un exemple topique de ce rapprochement : alors que l'on pourrait penser qu'elle confère à son bénéficiaire un véritable droit de propriété lui permettant d'exclure tous ses concurrents, l'examen attentif de sa structure démontre que si certains pouvoirs sont effectivement transmis au créancier fiduciaire, il ne bénéficie pourtant que de l'affectation exclusive d'un ou plusieurs biens du débiteur au paiement de sa créance. La fiducie-sûreté n'est donc qu'une sûreté traditionnelle sur laquelle est greffé un droit exclusif.

263. Rapprochement limité des sûretés préférentielles et de la propriété réservée. Bien différente est l'analyse des droits de propriété réservée, que l'on s'intéresse à la réserve de propriété ou au crédit-bail. Tant leurs modes de réalisation que la faible intensité du lien d'accessoire les rattachant à la créance garantie démontrent qu'il s'agit de garanties exclusives qui ne sont pas des sûretés. Le créancier, véritable propriétaire, veut vendre ou louer son bien et être régulièrement payé des échéances de prix ou des loyers tout au long de l'exécution du contrat. Le cumul des qualités de créancier et de propriétaire explique que la reprise du bien libre de tout droit ne satisfasse pas pleinement le titulaire d'un droit de propriété réservée, contrairement à un bénéficiaire de sûreté préférentielle. De même, son droit de propriété peut parfois se détacher de la créance garantie lorsqu'il s'agit de la seule manière pour lui d'éviter de subir une perte patrimoniale importante. Crédit-bail et vente avec réserve de propriété se

comprennent donc mieux au prisme de l'analyse contractuelle : il s'agit là de contrats de louage ou de vente dont la physionomie habituelle a été modifiée, afin de permettre au créancier-propriétaire de revendiquer son bien entre les mains du cocontractant défaillant. Par la suite, le revendiquant est autorisé à faire jouer les garanties habituelles du contrat de vente, soit l'exception d'inexécution et la résolution pour inexécution, afin de déterminer définitivement le sort du contrat en fonction du comportement de son cocontractant.

264. Le droit préférentiel du créancier sur la créance nantie. Cette grille de lecture permettrait d'apaiser les controverses faisant rage autour de l'efficacité du nantissement de créance, si l'on accepte de diviser son existence en deux périodes. Avant l'échéance de la créance garantie, il paraît délicat de distinguer le nantissement de créance d'un gage sur créance amélioré. Le créancier nanti n'est pas titulaire d'un droit de jouissance sur la créance grevée, et une comparaison avec le droit des procédures civiles d'exécution incite davantage à se prononcer en faveur de l'existence d'un droit de préférence sur la créance nantie. En effet, ce corps de règles ne confère de droit exclusif sur une créance appartenant à l'actif du débiteur que lorsque le créancier est titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible, ce que n'est pas encore, par hypothèse, la créance garantie. Plutôt que d'interpréter les textes dans le sens de l'existence d'un droit exclusif qui ne repose pas sur un fondement solide, nous estimons donc que le nantissement de créance s'analyse initialement en une affectation préférentielle d'une créance à la garantie du paiement du créancier nanti, ce qui le laisse à la merci des titulaires de droits de préférence de meilleur rang.

265. Le droit exclusif du créancier nanti sur les fonds perçus. Cependant, il n'est pas souhaitable d'achever le raisonnement à ce stade. En effet, la proximité des droits de préférence et des droits exclusifs rend possible leur combinaison au sein d'un seul mécanisme. Au deuxième stade de la vie du nantissement de créance, lorsque le droit du créancier nanti porte sur les fonds versés par le débiteur de la créance nantie, l'exclusivité est appelée à jouer un rôle. L'article 2364 du Code civil, à l'exemple de l'ancien nantissement de marchés publics, peut être interprété comme conférant un droit exclusif au créancier nanti sur les fonds placés sur un compte dans l'attente de l'exigibilité de sa créance. Cette analyse est conforme aux solutions généralement retenues en matière de sûretés sur sommes d'argent. L'exclusivité n'est toutefois

pas totale. La jurisprudence considère en effet que le nantissement de compte n'autorise pas le créancier nanti à exercer son pouvoir de blocage sur les fonds au cours de la procédure collective frappant le débiteur. Cette solution, incompréhensible dans l'hypothèse où l'on traite le nantissement de créance comme une garantie exceptionnelle, est au contraire parfaitement justifiée – quoiqu'excessive – par l'analyse que nous proposons : le nantissement de créance portant sur une somme d'argent ressemble fortement à une fiducie, dont l'efficacité peut être tempérée par les règles du droit des procédures collectives. Le rapprochement de la préférence et de l'exclusivité permet donc de disposer d'une grille de lecture extrêmement intéressante afin d'organiser les relations entre sûretés réelles et procédures collectives. Cependant, s'agissant de mieux définir le concept même de sûreté réelle – dont on sait désormais qu'il repose sur la notion de rupture d'égalité, préférentielle ou exclusive, entre les différents créanciers du débiteur, mais jamais sur la conservation d'un droit de propriété par le créancier – il faut désormais s'intéresser non plus à la distinction des sûretés et des garanties, mais à la *summa divisio* des sûretés. Le schéma dévoilé au cours des développements précédents est appelé à se répéter : les réformes récentes ont considérablement rapproché les sûretés réelles des sûretés personnelles, ce qui ne peut être dénué d'intérêt vis-à-vis de la figure hybride faisant le lien entre ces deux catégories, le cautionnement réel.

TITRE DEUXIÈME : SÛRETÉS RÉELLES ET SÛRETÉS PERSONNELLES

266. Une opposition classique. La focalisation sur le but et la technique propres aux sûretés réelles a permis d'isoler, parmi toutes les garanties portant sur un ou plusieurs biens, les mécanismes appartenant à notre objet d'étude. Les garanties reposant sur la conservation du droit de propriété par le créancier étant écartées, il faut donc inclure dans les sûretés réelles tous les gages, nantissements et hypothèques, ainsi que toutes les fiducies-sûretés. Mais la détermination du concept ne peut s'arrêter à ce stade. Des investigations plus poussées sur la question de la technique employée par les sûretés réelles afin de permettre à leurs bénéficiaires d'augmenter leurs chances de paiement commandent de s'intéresser à présent à la *summa divisio* des sûretés réelles et personnelles, qui structure notre matière¹. Si l'ensemble de la doctrine s'accorde à reconnaître l'existence de principes communs aux deux familles de sûretés, il ne s'agit que de réflexions très générales, à la limite de l'abstraction. On peut ainsi affirmer que toutes les sûretés sont des accessoires de la créance garantie, à des degrés divers. Cela implique notamment l'impossibilité pour le bénéficiaire d'une sûreté de s'enrichir du simple fait de sa mise en œuvre². Au-delà de ces éléments, tout semble opposer les deux catégories³.

¹ Cette ligne de raisonnement a d'ores et déjà permis d'exclure le droit de rétention de la famille des sûretés (v. *supra*, n° 16) et exigera, plus tard, une partition claire des privilèges et actions directes, dont certains méritent véritablement la qualification de sûreté, alors que d'autres n'en constituent que des diminutifs (v. *infra*, n° 887 et s., ainsi que n° 899 et s.).

² Les art. 2286 et s. de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant proposent ainsi de placer ces principes, ainsi que quelques autres, en ouverture du Livre IV du Code civil relatif aux sûretés.

³ V. encore, récemment, M. Cottet, « Les classifications », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 45 : « ces deux catégories sont, pour l'essentiel, étanches l'une par rapport à l'autre, ce qui atteste du bon fonctionnement de la classification. Ainsi, les sûretés personnelles reposent sur une technique obligationnelle : elles passent par la création d'un lien de droit entre le créancier et un tiers garant, de façon à multiplier les patrimoines sur lesquels le créancier pourra exercer son droit de poursuite. Les sûretés réelles, quant à elles, reposent sur l'affectation d'un droit réel en garantie de la créance principale. Elles n'offrent pas, en règle générale, une action en paiement à l'encontre du garant, mais un droit préférentiel ou exclusif sur les biens qui forment l'assiette de la sûreté. La frontière entre les deux est assez nette et fonctionnelle, de sorte qu'il n'y a pas lieu de la remettre en cause », ainsi que C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018, n° 32, p. 35 : « Leur structure interdit toute convergence. La présence d'un tiers engageant la globalité de son patrimoine pour la garantie de la dette du débiteur s'oppose radicalement à l'affectation par le débiteur de l'un de ses biens en garantie de sa propre dette. Toute comparaison est par conséquent impossible ».

267. Il n'est alors pas étonnant de constater que les sûretés réelles et personnelles semblent s'être livrées à une véritable course-poursuite à travers les âges¹, l'utilisation prédominante de l'un de ces deux mécanismes dépendant essentiellement de la structure de la société de l'époque. Ainsi, dans les sociétés archaïques, les sûretés personnelles sont traditionnellement vues comme les plus utilisées : leur technique, la possibilité d'agir contre un tiers à la dette principale, était particulièrement appropriée aux sociétés fondées sur un haut niveau de solidarité (qu'il s'agisse du clan, de la tribu ou de la famille). De même, l'utilisation intensive des sûretés réelles ne peut se concevoir au sein d'un groupe ignorant l'existence de la propriété individuelle, s'agissant de conférer un droit particulier sur un ou plusieurs biens du débiteur.

268. Il ne faut pas pour autant en déduire qu'aucune civilisation ancienne ne connaissait la technique des sûretés réelles, les Babyloniens ayant eu davantage recours au gage qu'au cautionnement², mais il s'agit là de l'exception³. La technique mise en œuvre par la sûreté personnelle, que l'on peut décrire aujourd'hui comme reposant sur l'octroi du droit d'agir à titre chirographaire contre un tiers, par la possibilité de saisir tout bien dans son patrimoine, était bien plus adaptée à ces sociétés. A l'inverse, l'octroi d'un droit préférentiel ou exclusif sur un ou plusieurs biens du débiteur lui-même suppose une société plus évoluée. La distinction des sûretés réelles et personnelles, qui vient donc du fond des âges, se maintient aujourd'hui⁴ : quel manuel de droit des sûretés ne se présente pas sous la forme « Partie I : Les sûretés personnelles ; Partie II : Les sûretés réelles » ? L'idée générale est donc toujours présente, et le maintien des différences techniques indéniable. La sûreté personnelle confère un droit

¹ Il faut en effet se garder de penser que les sûretés personnelles sont apparues en premier, v. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, 1988, n° 169, pp. 280-281, expliquant que, chez les Ashantis du Ghana, la fille du débiteur était parfois donnée en gage afin de garantir le paiement de sa dette. La créance était alors susceptible de s'éteindre par le paiement, le mariage du créancier et de la personne gagée ou la consommation de relations sexuelles.

² J.-Ph. Lévy, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », in *Diachroniques – Essais sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*, Editions Loysel, 1995, p. 174.

³ La distinction est certes un peu caricaturale, certaines sociétés traitant les personnes comme des biens, ce qui contribue à troubler les frontières entre les deux catégories composant la *summa divisio*, v. J. Gilissen, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles – Essai de synthèse générale », in *Les sûretés personnelles*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparée des institutions, T. CCVIII, Editions de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1974, p. 25.

⁴ Comp. J. Gilissen, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles – Essai de synthèse générale », art. précité, p. 24 : « Comment procurer au bénéficiaire de la sûreté la quiétude que celle-ci implique ? Autrement dit, quels sont les moyens qui peuvent procurer cette quiétude à l'égard des agissements du garanti ? Ces moyens sont multiples [...] mais dans le système juridique européen moderne, on les groupe en général en deux espèces : les personnes et les biens ; on oppose ainsi les sûretés personnelles dans lesquelles le moyen est une ou des personnes, et les sûretés réelles, dans lesquelles le moyen est un ou des biens ».

chirographaire là où la sûreté réelle permet une rupture d'égalité ; la sûreté personnelle permet d'agir contre un tiers alors que la sûreté réelle grève les biens du débiteur ; la sûreté personnelle permet de saisir tous les biens composant le patrimoine du garant, tandis que la sûreté réelle ne porte que sur un ou quelques biens, limitativement énumérés. Pourtant, il n'est pas certain que la simple reprise de la présentation classique suffirait à mieux cerner le concept de sûreté réelle. En effet, les modifications récentes du droit positif ont troublé les frontières de la *summa divisio* classique, qu'il faut désormais repenser.

269. Le rapprochement des sûretés réelles et personnelles. Certes, il est indéniable que les sûretés réelles et personnelles fonctionnent par la mise en œuvre de techniques distinctes et ne confèrent pas les mêmes droits à leurs bénéficiaires. Il faut cependant voir plus loin que la situation des titulaires de sûretés en cas de conflits. On oublie trop souvent que les sûretés lient avant tout un constituant et un créancier. Or, dans cet ordre de rapports, on ne peut contester que la réforme du 23 mars 2006 ait opéré un rapprochement très net des sûretés réelles et du cautionnement. L'apparition de l'une des questions les plus intéressantes à traiter vient précisément de l'emprunt par les sûretés réelles classiques de la souplesse qui caractérisait traditionnellement le droit du cautionnement : alors que l'on peut désormais constituer des sûretés réelles sur biens futurs afin de garantir des dettes futures, il n'est sans doute pas inutile de s'intéresser aux débats relatifs à l'efficacité et aux dangers du cautionnement *omnibus*. De même, il faut prendre conscience du fait que, bien loin de constituer deux mondes isolés, les sûretés réelles et personnelles partagent leur mode de fonctionnement, leur constitution débouchant toujours sur l'apparition d'une obligation de garantie à la charge du constituant, dont les modalités pratiques varient suivant le type de sûreté choisi. Ainsi, l'étude des rapports unissant le constituant de la sûreté et le créancier bénéficiaire démontre le rapprochement sans cesse croissant des sûretés réelles et personnelles (**Chapitre 1**).

270. La nécessité d'élaborer un régime du cautionnement réel plus conforme à la réalité. A l'image de ce qui a été réalisé au sujet des relations entre droit de préférence et droit exclusif, il faut acter le rapprochement des sûretés réelles et personnelles. Comme l'analyse du nantissement de créance a profité de la mise en lumière de la proximité existant entre deux techniques apparemment incompatibles, la connaissance du cautionnement réel progresse

nécessairement avec la conclusion tirée des développements précédents. Si les sûretés réelles et personnelles sont moins dissemblables qu'on ne le dit d'ordinaire, il devrait être possible de faire évoluer la position de la Cour de cassation, qui n'est pas entièrement satisfaisante. On sait que, depuis un arrêt d'une Chambre Mixte du 2 décembre 2005, cette dernière voit dans la « sûreté réelle pour autrui » une pure sûreté réelle, sans une once d'engagement personnel de la part du constituant, ce qui condamne l'application, même limitée, du droit du cautionnement¹. Cette solution nous paraît trop tranchée : il faut tout de même remarquer que, lorsqu'un constituant affecte un de ses biens à la garantie de la dette d'un tiers, sa situation n'est pas si différente de celle d'une caution, ce qui devrait lui permettre de bénéficier de certaines protections, dans la mesure où elles sont compatibles avec la nature de son engagement. L'étude du rapprochement des sûretés réelles et personnelles permet justement de forger les outils nécessaires à l'édification d'une théorie cohérente du cautionnement réel, incluant tant l'affectation et la rupture d'égalité entre les créanciers du constituant propres aux sûretés réelles, que la garantie de la dette d'un tiers, qui est l'apanage des sûretés personnelles. A ce titre, le cautionnement réel constitue véritablement un pont entre les sûretés réelles et personnelles **(Chapitre 2)**.

¹ Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Bull. mixte* n° 7, p. 17 (n° 03-18210) : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'étant pas applicable au nantissement donné par M. X ».

Chapitre 1 : Le rapprochement considérable des sûretés réelles et personnelles

271. Comparaison des deux institutions. L'étude de la distinction des sûretés réelles et personnelles se fait classiquement de manière assez rapide en suivant deux axes : leur différence de nature et leur efficacité comparée.

272. Il semble acquis que les deux espèces du genre « sûreté » présentent bien plus de différences que de points communs. En raison de l'octroi au créancier d'un droit de poursuite contre un tiers étranger à la dette appelé « garant », l'on découvre les fondements des sûretés personnelles dans le droit des obligations. En revanche, l'édifice des sûretés réelles trouve ses soubassements dans le droit des biens¹. Cependant, il a été démontré que cette distinction n'emporte pas des effets si radicaux qu'on pourrait le croire et, notamment, qu'elle ne recoupe pas exactement la distinction des droits réels et des droits personnels², ou encore qu'elle ne permet pas de déduire que la volonté des parties aurait un rôle déterminant en matière de sûretés personnelles et inexistant dans le droit des sûretés réelles³. Il n'en demeure pas moins que, au vu des différences de nature entre les deux institutions, toute définition de la sûreté en général doit être suffisamment compréhensive pour englober toutes ses manifestations. Ainsi, M. Crocq, dont la définition est la plus régulièrement reprise par les auteurs, en donne comme critères principaux une finalité, l'amélioration de la situation du créancier bénéficiaire par rapport aux créanciers chirographaires ; un effet, la satisfaction du créancier ; une technique, un droit d'agir accessoire à son droit de créance⁴.

273. Le second axe d'étude de la comparaison entre les différents types de sûretés concerne leur efficacité⁵. Si, pendant la plus longue partie du XX^e siècle, les sûretés réelles se sont attiré les faveurs de la pratique, la dynamique s'est inversée à la fin de cette période. En

¹ En matière de sûretés réelles, on ne parlera au cours de ce chapitre que du débiteur-constituant. La situation du garant constituant une sûreté réelle pour garantir la dette d'autrui sera envisagée ultérieurement, v. *infra*, n° 377 et s.

² C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016.

³ Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003.

⁴ V. *supra*, n° 12 et s.

⁵ V., entre autres, M. Dagot, « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986. 100224 ; G. Daublou, « Les prêts à l'acquisition immobilière », *Deffrénois* 1994, p. 1057 et s., spé. n° 8 et s.

effet, en raison de la paralysie du droit de poursuite des créanciers à l'encontre du débiteur mis en procédure collective¹, les sûretés personnelles ont à nouveau été plébiscitées car le traitement des difficultés des entreprises ne produit pas un impact aussi fort sur le droit de poursuite permettant d'agir contre le tiers garant. Malgré la diminution des atteintes aux droits des titulaires de garanties réelles par une loi de 1994 annonçant un « *printemps des sûretés réelles* »², il est acquis aujourd'hui que les praticiens préfèrent les sûretés personnelles et les sûretés-proprétés aux sûretés réelles traditionnelles.

274. Intérêt de la comparaison après la réforme et plan. La présentation classique de la *summa divisio* du droit des sûretés repose sur l'exposition de deux différences majeures : « *la première différence entre la sûreté personnelle et la sûreté réelle tient non pas à l'identité du propriétaire du bien qui répond de la dette, mais à la qualité en laquelle il en répond. [...] La seconde différence essentielle entre la sûreté réelle et la sûreté personnelle tient moins à l'assiette de l'affectation qu'au caractère préférentiel ou non de celle-ci* »³. Une comparaison de la nature des sûretés réelles et personnelles passe donc nécessairement par la comparaison des techniques de mise en garantie de leur assiette et de la situation du constituant.

Si des différences techniques restent indéniables, les évolutions récentes du droit positif tendent à rapprocher les deux familles de sûretés⁴. En effet, la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 a généralisé la possibilité de constituer une sûreté réelle sur un ensemble de biens futurs afin de garantir des dettes futures. Ce faisant, le législateur a nécessairement amorcé un rapprochement de l'étendue de la garantie procurée par les différents types de sûretés (**Section 1**).

La situation des constituants de sûretés personnelles et réelles mérite également que l'on s'y arrête. Par définition, le constituant d'un cautionnement, la sûreté personnelle la plus

¹ Sur laquelle, v. *infra*, n° 643 et s.

² A propos de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, v. M. Cabrillac et Ph. Pétel, « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles ? », *D.* 1994. 243.

³ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 92-93, p. 84.

⁴ Comp. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, n° 41, pp. 31-32 : « *au-delà des mérites et des défauts respectifs des unes et des autres, l'évolution contemporaine du droit des garanties fait apparaître une tendance à leur rapprochement. Ainsi, le cautionnement devient-il de plus en plus souvent solennel, tandis que, dans le même temps, les formalités de constitution de certaines sûretés réelles s'assouplissent [...] De même, le principe de spécialité, propre aux sûretés réelles, a perdu de sa vigueur, de sorte que l'adaptation des sûretés réelles à l'évolution de l'endettement du débiteur en ressort facilitée. De même encore, les modalités de réalisation des sûretés réelles, réputées lourdes et coûteuses, ont été assouplies par l'abrogation de la prohibition du pacte commissaire. Enfin, la généralisation d'un principe de proportionnalité des sûretés, tant personnelles que réelles, permet la prise en considération, fût-ce de manière distincte selon la nature de la sûreté, des intérêts du constituant* ».

utilisée, prend l'engagement personnel d'exécuter l'obligation du débiteur s'il s'avère défaillant. De prime abord, l'on pourrait penser que le constituant d'une sûreté réelle, qui ne fait qu'affecter un ou plusieurs de ses biens à la garantie de sa dette, ne prend aucun engagement supplémentaire. La sûreté personnelle permettrait donc au bénéficiaire de disposer de deux droits de poursuite, alors que la sûreté réelle ne ferait que renforcer le droit de créance initial. Cependant, l'examen minutieux des prérogatives du bénéficiaire d'une sûreté réelle pousse à se prononcer en sens contraire et à affirmer que les deux types de sûretés possèdent une structure identique : celui qui constitue une sûreté, quelle qu'elle soit, crée toujours une nouvelle obligation – de garantie – à sa charge. Sa nature varie toutefois selon le type de sûreté envisagé : elle est personnelle ou réelle. (**Section 2**).

Section 1 : Le rapprochement par l'étendue de la garantie

275. Plan. La position doctrinale classique, qui consistait à affirmer que les sûretés réelles et personnelles n'ont rien en commun, si ce n'est leur but de garantie¹, doit être dépassée. En effet, s'il est certain qu'il existe des différences techniques à ne pas sous-estimer entre les deux types de sûretés, elles n'appartiennent pas pour autant à deux mondes différents. Ces dissemblances doivent être ramenées à leur juste dimension : la technique de mise en garantie de l'assiette, créatrice d'une rupture d'égalité entre les créanciers du constituant de la sûreté réelle, permet leur distinction, alors que le nombre de parties à l'opération n'est pas un critère aussi décisif qu'auparavant (§1). De surcroît, lorsque l'on examine de plus près la question de la garantie de dettes futures, rendue particulièrement intéressante depuis l'assouplissement du principe de spécialité des sûretés réelles par l'ordonnance du 23 mars 2006, l'on se rend compte que les problèmes posés sont bien souvent similaires, tout comme les solutions qui y ont été apportées (§2).

¹ P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. ent.*, 1989/5, p. 4.

§1) La réduction des différences techniques

276. Plan. Du point de vue de la technique juridique, la distinction des sûretés réelles et personnelles semble solidement fixée. Dans la deuxième catégorie, l'on range les techniques d'affectation générale des biens d'un tiers étranger à la dette. Dans la première catégorie se trouvent les techniques d'affectation rigoureuse et spéciale d'un ou plusieurs biens du débiteur à la garantie de sa propre dette. L'affectation de biens à la garantie du paiement d'un créancier s'analyserait alors comme la technique commune à toutes les sûretés, tandis que la seule présence d'un tiers garant au cœur de l'opération de garantie suffirait à retenir la qualification de sûreté personnelle. Cette présentation ne nous convient pas : il nous paraît plus juste de cantonner la notion d'affectation – porteuse de l'idée d'une rupture d'égalité entre les créanciers – au droit des sûretés réelles, ce qui en fait ainsi le premier critère de distinction (**A**), tandis que l'unité ou la diversité des patrimoines du débiteur et du garant constituerait le second critère, bien plus que le nombre de participants à l'opération. En effet, la sûreté personnelle met nécessairement en jeu plusieurs patrimoines, là où la sûreté réelle peut indifféremment porter sur le patrimoine du débiteur ou celui d'un tiers (**B**).

A) L'affectation de l'assiette, technique propre aux sûretés réelles

277. Affectation et définition de la sûreté. Selon une partie assez importante de la doctrine, l'affectation de l'assiette serait une technique commune aux sûretés réelles et personnelles. C'est ce qui ressort de la définition de M. Crocq¹, qui est assez régulièrement reprise², ou bien des travaux d'autres auteurs³. L'idée qui se profile derrière cette définition consiste à affirmer que, quelle que soit l'institution considérée, la sûreté peut toujours s'analyser

¹ Citée *supra*, n° 12.

² V., not., L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 2, p. 16 ; Ph. Dupichot, th. précitée, n° 5, pp. 15-17 ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 10^e éd., 2015, n° 21, p. 30.

³ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 2, p. 2 : « à défaut de critère précis, on peut puiser dans une définition descriptive deux idées complémentaires [...] La première idée tient dans cet objectif directement recherché : l'augmentation des chances d'un paiement à l'échéance [...] La deuxième idée est celle de l'affectation de la valeur d'un bien ou d'un groupe de biens au paiement de la créance » ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 3^e éd., 2016, n° 4, p. 4 ; A.-M. Toledo, *Notion de sûreté et droit du commerce international*, th. Paris I, 1997, n° 273, p. 175 ; H. Westendorf, *Le transfert des sûretés*, préf. P. Crocq et A. Prüm, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 54, 2015, n° 53, p. 48.

comme l'octroi d'un droit sur la valeur d'un ou plusieurs biens¹. La sûreté s'épanouirait donc dans le domaine de l'immatériel : le constituant conservant ses pouvoirs sur l'assiette de la sûreté, le créancier n'aurait aucun droit sur les biens eux-mêmes.

278. Critique. Un malaise naît toutefois à la lecture de l'exposé des conséquences de l'utilisation de la notion d'affectation comme trait caractéristique du concept de sûreté : peut-on réellement affirmer que l'assiette est affectée aux besoins du créancier de la même manière dans les sûretés réelles et personnelles ? Le droit personnel octroyé à l'encontre d'un tiers garant n'a pourtant pas la même physionomie que le droit préférentiel ou exclusif qui résulte de la constitution d'une sûreté réelle. Conscients de la différence de condition juridique de l'assiette selon le type de sûreté envisagé, certains auteurs ont essayé de nuancer la notion d'affectation. A la suite de la thèse de Rempier², il a été proposé de distinguer entre l'affectation générale des biens du débiteur au bénéfice de tous ses créanciers et « *l'affectation spéciale et rigoureuse* » qui résulte de la constitution d'une sûreté réelle³.

279. Que penser de cette nuance ? Il faut avant toute chose en revenir à la notion même d'affectation. Selon M. Guinchard, il s'agit de soumettre un bien à un usage déterminé : « *affecter, ce n'est pas seulement vouloir réaliser un but, cette réalisation ne pouvant se faire qu'à l'aide de techniques appropriées, c'est aussi choisir le but poursuivi* »⁴. En confrontant cette définition à la condition juridique des biens du garant, l'on réalise que la notion

¹ V., explicitement, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 3, p. 4 : « *L'affectation de la valeur d'un bien au paiement de la créance n'est-elle pas une forme d'exploitation de ce bien ? Au lieu d'exploiter l'utilité directe du bien, le constituant exploite la valeur qu'il recèle en conférant un droit sur elle susceptible d'être exercé dès qu'elle apparaîtra. La méthode respecte le bon sens, permettant de laisser au constituant, par certaines techniques, l'utilité du bien pendant que le créancier dispose d'un droit sur la valeur* ».

² J.-P. Rempier, *L'individu et son patrimoine*, th. Paris, Arthur Rousseau Editeur, 1910, spé. pp. 132-133 et 152.

³ V. P. Crocq, th. précitée, n° 276, p. 227, qui distingue l'affectation « *au sens strict* » des sûretés réelles de l'affectation « *au sens large* » des sûretés personnelles ; M. Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 24, qui oppose les sûretés réelles, pour lesquelles on peut « *véritablement* » parler d'affectation et les sûretés personnelles, à propos desquelles on peut utiliser le terme d'affectation « *en un certain sens* » ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 93, pp. 84-85 : « *certes, si l'on retient le sens le plus étroit du mot « affectation », il n'y a véritablement « affectation spéciale d'un ou plusieurs biens à un but déterminé (avec) diminution des pouvoirs du débiteur sur ces biens », que dans le cas des sûretés réelles. Cependant, la sûreté personnelle réalise aussi une affectation, dans un sens plus large, portant sur l'ensemble du patrimoine du garant, dont les biens sont susceptibles d'être employés à une finalité particulière – répondre de la dette du débiteur principal – sans entraîner de restriction des pouvoirs du garant sur son patrimoine* ». V., déjà, C.-E. Delvincourt, *Cours de Code civil*, T. III, Fournier, Paris, 1819, p. 151 : « *tous les biens du débiteur sont à la vérité affectés généralement au paiement de ses dettes ; mais lorsqu'il y a hypothèque, c'est-à-dire, affectation formelle d'un ou plusieurs immeubles à l'acquittement d'une créance en particulier, le créancier acquiert par-là, d'abord le droit d'être payé sur lesdits immeubles de préférence à tout autre dans l'ordre de son hypothèque ; et en second lieu, de suivre l'objet hypothéqué, dans quelque main qu'il passe* ».

⁴ S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CXLV, 1976, n° 13, p. 13.

d'affectation ne peut constituer un critère général du concept de sûreté. Il est une famille de sûretés pour laquelle parler d'affectation n'a pas grand intérêt : les biens du garant sont tout aussi affectés au bénéfice du titulaire de la sûreté personnelle que les biens de n'importe quel débiteur au profit de l'ensemble de ses créanciers chirographaires. Pour décrire cette situation, il suffit de parler du droit de gage général de ces créanciers, lequel découle du principe d'égalité. Quel serait le but spécial poursuivi dans cette hypothèse ? A quelle technique spéciale le constituant aurait-il recours ? Le régime juridique des biens du garant n'est pas modifié par son consentement à accorder une sûreté personnelle à un créancier. L'égalité demeure le principe sur l'ensemble du patrimoine du constituant, si ce n'est qu'un créancier de plus est entré dans la course. L'affectation des biens qui n'est ni spéciale ni rigoureuse devrait donc disparaître de notre ordre juridique car elle n'apporte rien¹. A l'inverse, si l'on veut analyser la rupture d'égalité entre les créanciers provoquée par la constitution d'une sûreté réelle, il faut nécessairement faire référence à la notion d'affectation.

280. Cantonnement de l'affectation aux sûretés réelles. *« Tout l'intérêt de l'affectation réside dans cette idée qu'elle consiste à exercer un choix entre plusieurs utilisations possibles d'un bien »*² : cette proposition permet parfaitement de distinguer sûretés réelles et personnelles. On peut affirmer que les biens du garant qui consent une sûreté personnelle et, de manière générale, tous les biens qui ne sont pas compris dans l'assiette d'une sûreté réelle, ne sont pas affectés au paiement des créanciers dans la mesure où le débiteur n'a exercé aucun choix. L'utilisation de tous ses biens pour servir au désintéressement égalitaire de tous ses créanciers lui est imposée par la loi, et plus précisément par l'article 2285 du Code civil. Cette règle supplétive de volonté s'applique à défaut de constitution de sûretés réelles. Si le bénéficiaire d'une sûreté personnelle n'est pas un créancier chirographaire par rapport aux

¹ Dans le même sens, S. Guinchard, th. précitée, n° 23, pp. 22-23 : « Une telle affectation qui repose sur une finalité générale doit être écartée pour deux raisons : d'une part, cette finalité ne permet pas de distinguer les biens entre eux puisqu'elle est trop générale et commune à tous ; d'autre part et surtout une telle finalité ne présente aucun intérêt pratique car dire qu'un bien est soumis à une affectation générale, c'est simplement constater une évidence qui ne modifie en rien le régime juridique de ce bien » ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, préf. A. Breton, Sirey, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université d'Alger, T. XVIII, 1954, T. II, n° 425, pp. 31-32 : « Il est clair que si on fait intervenir la notion d'affectation pour rendre compte des prérogatives que le propriétaire exerce sur ses propres biens [...] on aboutit à la confusion. L'idée d'affectation ne se conçoit [...] que dans la mesure où elle exprime la soumission d'un bien à un usage déterminé. Pour être très générale, cette formule ne suppose pas moins que cet « usage » soit suffisamment original et individualisé pour distinguer le bien « affecté » des autres biens du même patrimoine ». V. également, en droit belge, H. De Page et R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 5, *Les principaux contrats usuels – Les biens*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1975, n° 587, p. 569.

² S. Guinchard, th. précitée, n° 26, p. 25.

autres créanciers de son débiteur, il l'est en revanche vis-à-vis des autres créanciers du garant, dans la mesure où le principe d'égalité s'applique sans restriction¹. Parler d'affectation générale ne permet alors pas de distinguer entre le créancier chirographaire du garant et celui qui bénéficie d'une sûreté personnelle.

281. Au contraire, en matière de sûretés réelles, le constituant exerce un véritable choix : il refuse l'application du principe d'égalité et opte pour sa rupture, sur l'assiette de la sûreté, au profit d'un créancier déterminé. Peu importe que l'affectation soit préférentielle ou exclusive – on ne peut plus affirmer aujourd'hui que « *le droit de préférence, c'est la sûreté réelle [...] son essence même, c'est cette technique spécifique de rupture d'égalité* »² – ce qui compte est que l'égalité soit rompue au bénéfice d'un créancier. Ainsi, parmi les biens du débiteur-constituant, l'affectation agit comme un facteur discriminant. Un ou plusieurs biens sont affectés au désintéressement d'un créancier de façon inégalitaire, alors que tous les autres servent, du fait de la loi, à payer l'intégralité des créanciers de façon égalitaire. Le régime des biens qui constituent l'assiette de la sûreté réelle est alors modifié par l'affectation : afin de mettre un créancier déterminé à l'abri de la règle égalitaire et donc du risque de pâtir des conséquences fâcheuses produites par les fluctuations normales de son patrimoine, le constituant a choisi de renoncer à sa liberté de gestion sur les biens grevés. Il consent à ce que ses pouvoirs soient restreints, mais uniquement sur ces biens, son pouvoir de disposition demeurant le principe pour le reste de son patrimoine³.

¹ Sur cette dualité de sens du mot « chirographaire », v. J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 94, pp. 85-86 : « *il peut paraître choquant d'affirmer que le créancier titulaire d'une sûreté personnelle est un créancier chirographaire. Mais on doit remarquer qu'il existe deux définitions du créancier chirographaire. L'une, aujourd'hui usuelle, voit en lui « celui qui n'est muni d'aucune sûreté », et bien entendu, en ce sens, le créancier titulaire d'une sûreté personnelle n'a rien d'un chirographaire. Tel n'est pourtant pas le sens conforme à l'étymologie du mot « chirographaire » [...] C'est donc par opposition aux créanciers privilégiés, gagistes et hypothécaires, et non aux créanciers titulaires de sûretés d'une manière générale, qu'il convient de définir le créancier « chirographaire » au sens initial du terme : le créancier chirographaire n'est pas le créancier dénué de sûretés, c'est le créancier dénué de droit de préférence* ».

² *Ibid.*, n° 140, p. 122. Adde C. Gijssbers, th. précitée, n° 128 et s., p. 123 et s. Sur l'intégration des fiducies-sûretés – mais non de la propriété réservée – dans le champ des sûretés réelles, v. *supra*, n° 67 et s. L'étude de la notion d'affectation offre justement un autre argument au refoulement de la réserve de propriété hors de la catégorie des sûretés réelles : pour pouvoir affecter un bien à la garantie de son créancier, encore faut-il être propriétaire de ce bien. Or, le débiteur n'étant, par hypothèse, pas propriétaire du bien dont il souhaite acquérir la propriété, il ne peut l'affecter. En ce sens, H. Westendorf, th. précitée, n° 29, pp. 30-31.

³ Rapp. H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, n° 585, p. 568 : « *L'affectation est une espèce de charge. Elle tient le milieu entre le libre usage d'un bien et son aliénation complète. Par l'affectation, je ne dispose pas de mon bien, mais je renonce à m'en servir à des fins quelconques. Je l'immobilise dans la poursuite d'un but donné. Cependant, je ne l'aliène pas nécessairement pour cela [...] L'idée d'affectation s'apparente, en somme, à celle de restriction* ». Sur les manifestations de cette restriction, v. *infra*, n° 343 et s.

282. Affectation et pouvoir de disposer. C'est la raison pour laquelle la constitution d'une sûreté réelle nécessite toujours la capacité de disposer¹. En effet, une telle garantie n'expose pas le bien grevé au risque d'une saisie lorsque le bien est affecté par le débiteur au paiement de l'un de ses créanciers, ce risque naissant du fait du seul droit de gage général. La nécessité d'être capable de disposer est justifiée par l'idée qu'affecter un bien à la garantie de sa dette, c'est restreindre son pouvoir de disposition sur ledit bien. Cette restriction est susceptible de degrés, limitée à l'interdiction de passer des actes diminuant la valeur du bien ou de le dégrader lorsque la sûreté confère un droit de suite², elle est nécessairement plus étendue en l'absence d'une telle prérogative³. Fort logiquement, pour renoncer à son pouvoir de disposition, il faut déjà en être titulaire... Quoi qu'il en soit, la rupture de l'égalité qui est consubstantielle au concept de sûreté réelle se définit initialement comme le choix exercé par le constituant qui décide de renoncer partiellement à son pouvoir de disposer d'un ou plusieurs de ses biens vis-à-vis d'un créancier déterminé. Elle se manifeste autrement au stade de la distribution, par la titularité d'un droit de préférence ou d'un droit exclusif sur la valeur du bien grevé. L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant ne s'y trompe pas, qui fait de l'affectation un élément décisif de définition des sûretés réelles mais non des sûretés personnelles⁴.

¹ V., en matière d'hypothèque, l'art. 2413 C. civ. : « les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ». La jurisprudence a posé la même règle en matière de nantissement de fonds de commerce, v. CA Paris, Chambre 16, section 1, 22 octobre 1999, n° 1998/07399 : « pour donner valablement en gage un fonds de commerce, le constituant doit être propriétaire du fonds et capable de l'aliéner, le nantissement étant assimilé à un acte de disposition ». Etant donné qu'il s'agit là d'une condition essentielle à la validité des sûretés réelles, on pourrait imaginer consacrer un texte général disposant que « la constitution d'une sûreté réelle nécessite la capacité de disposer », au sein d'un Sous-Titre premier intitulé « Droit commun des sûretés réelles » en ouverture du Titre II du Livre IV du Code civil, v. *infra*, n° 506 et s.

² Rappr. A. Flachet, *Des privilèges sur les meubles*, th. Paris, Imprimerie de Mme V^{ve} Dondey-Dupré, 1852, n° 3, p. 7 : « toutes les législations ont permis aux créanciers de veiller à leurs droits. S'ils ne veulent pas subir la loi générale, qu'ils prennent leurs précautions, qu'ils se fassent donner des sûretés ; une caution, un gage qui restera entre leurs mains pour les garantir. Et même qu'ils aillent plus loin, qu'ils gênent le débiteur dans sa faculté de disposer, en se faisant consentir hypothèque ».

³ Rappr. P. Dingreville, *L'hypothèque mobilière – Sa distinction du gage sans dépossession*, th. Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1937, p. 154 : « Le droit de rétention dans le gage et l'interdiction de vendre ou de faire la tradition dans les gages sans dépossession ne s'expliquent que parce que le droit de suite n'existe pas au profit du créancier gagiste. Si au contraire ce droit de suite existe, comme dans toutes les hypothèques, la prohibition de vendre n'existe pas ; car ces deux notions sont antinomiques ».

⁴ V. art. 2286-1 : « La sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal. La sûreté réelle est l'affectation préférentielle ou exclusive d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs au paiement préférentiel ou exclusif du créancier ». Aujourd'hui, l'affectation est d'ores et déjà présente dans la définition de la plupart des sûretés réelles conventionnelles du Code civil, v. les art. 2334 relatif au gage (pour autrui), 2355 pour le nantissement, 2387 pour le gage immobilier et 2393 pour l'hypothèque.

283. Affectation du bien et non de sa valeur. On ajoutera que l'affectation porte sur le bien dans son intégralité et non seulement sur sa valeur¹. Le titulaire d'une sûreté réelle bénéficie de bien d'autres prérogatives que la simple possibilité d'être mieux traité que les chirographaires au stade de la distribution du prix de vente de l'assiette de la sûreté². Ainsi, la présence ou non d'une affectation est le critère essentiel permettant de déterminer si la sûreté est réelle ou personnelle³. Si l'assiette de la sûreté est affectée à la garantie d'un créancier, rompant par là même l'égalité avec les autres, alors elle est réelle. En revanche, en l'absence d'affectation, si le principe demeure l'égalité des créanciers malgré l'octroi d'un droit de poursuite à l'encontre d'un tiers étranger à la dette, la sûreté est personnelle. Cette différence de nature conditionne une grande partie des différences de régime entre les deux types de sûreté⁴. Les autres peuvent s'expliquer par la nécessité, pour le droit des sûretés personnelles, d'organiser des rapports non entre trois personnes, mais entre trois patrimoines. Une technique ne peut entrer dans cette deuxième catégorie que si le patrimoine répondant de la dette principale et le patrimoine répondant de la sûreté sont deux masses de biens distinctes.

B) La diversité des patrimoines en présence, condition de la qualification de sûreté personnelle

284. Les sûretés personnelles, des opérations à trois personnes. Les sûretés réelles et personnelles se distinguent classiquement par un critère encore plus évident que l'existence ou

¹ Pour une critique virulente de la théorie du droit sur la valeur, v. C. Gijssbers, th. précitée, n° 39 et s., p. 37 et s., spé. n° 69, pp. 69-70, expliquant que « la carence majeure, le vice congénital que cette figure juridique recèle [est] une confusion regrettable, héritée de l'histoire, entre la sûreté et le droit de gage général, lequel seul permet au créancier de saisir les biens du débiteur, et qui seul, par conséquent, renferme le risque d'expropriation menaçant ce dernier ».

² V. *infra*, n° 556 et s. Les sûretés réelles s'insèrent alors parfaitement dans la catégorie des accessoires par affectation, v. G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. XCIII, 1969, n° 75, pp. 125-126 : « Ce qui « s'ajoute » au principal, ce sont les services que procure la chose accessoire qui lui est affectée, de telle sorte que le rendement de ce principal (et non sa consistance même) se trouve accru. En réalité, la chose principale est augmentée, non de la chose accessoire elle-même, dans sa matérialité, mais de l'affectation de l'accessoire à son profit, c'est-à-dire du potentiel de services que peut fournir cet accessoire [...] Si l'on se place du côté de la chose principale, et qu'on envisage le résultat produit par l'affectation, on s'aperçoit qu'il s'agit toujours d'un accroissement de l'efficacité du principal par les services que procure l'accessoire ».

³ Pour davantage de précisions sur l'utilisation de la notion d'affectation en droit des sûretés, v. M. Mignot, « Les principes généraux (droit commun) des sûretés en général et des sûretés personnelles et réelles en particulier (art. 2284 à 2287 avant-projet) », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 28 et s.

⁴ Sur l'affectation comme critère catégoriel des sûretés réelles, quelles que soient leur source et leur nature, v. D. Nemtchenko, *Le droit des sûretés au prisme de la faute : contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, th. Bordeaux, 2017, n° 431 et s., p. 363 et s.

non d'une affectation de l'assiette de la garantie : le nombre de parties à l'opération. La sûreté personnelle, qui se caractérise par la mise à disposition du créancier du patrimoine d'un tiers, suppose l'altérité du garant par rapport à la personne du débiteur principal¹. Celui-là est censé n'être qu'obligé à la dette, sans avoir à y contribuer, ce qui lui assure un droit de recours contre celui-ci s'il est défaillant². La jurisprudence en tire une conséquence tout à fait logique : nul ne peut cumuler les qualités de débiteur principal et de garant pour une même dette³. La solution s'explique très bien : si le créancier est d'ores et déjà titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur, l'octroi d'une sûreté personnelle sur ces mêmes biens est impossible, étant donné qu'il peut déjà les appréhender au titre de son droit de créance. Dans une telle hypothèse, il y aurait cumul de droits de gages généraux sur la même masse de biens, ce qui n'aurait aucun sens. Ainsi, dans le litige tranché par l'arrêt du 28 avril 1964, la banque ne pouvait prétendre invoquer le cautionnement consenti par un associé alors que tous ses biens avaient déjà été absorbés par l'extension de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur principal, la société. Pourtant, la création de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) par une loi du 15 juin 2010⁴ pourrait bien remettre en cause cette présentation si tranchée.

¹ V., entre autres, L. Aynès, « Rapport français », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Portugaises, T. XLVII, LGDJ, 1998, n° 6, p. 377 : « A s'en tenir aux critères les plus sûrs, on qualifiera de sûreté personnelle l'effet d'une convention spéciale qui, d'une part, ajoute au débiteur principal un nouveau débiteur ; d'autre part, ouvre à celui-ci un recours contre le débiteur principal, lequel seul doit supporter le poids de la dette » ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 1, p. 1 : « L'élimination ou la réduction de [la menace de l'insolvabilité du débiteur] peut être recherchée dans deux voies différentes. L'une est celle de l'adjonction d'un autre débiteur, voire de plusieurs autres ; elle aboutit aux sûretés dites personnelles [...] L'autre voie est celle de l'affectation prioritaire de certains éléments de l'actif du débiteur, voire de tous ; elle aboutit aux sûretés dites réelles » ; D. Legeais, *op. cit.*, n° 1, p. 1 : « les garanties personnelles consistent dans l'adjonction d'un ou plusieurs débiteurs au débiteur principal pour la même dette [...] Les garanties réelles consistent dans l'affectation spéciale d'un ou plusieurs biens au paiement de la dette » ; C. Mouly, « Les sûretés personnelles traditionnelles en France », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, n° 20-21, pp. 143-144.

² De manière tout à fait surprenante, la Cour de cassation a pu nier à certaines cautions tout recours contre le débiteur principal après paiement dans le cadre de quelques garanties professionnelles, estimant que le *solvens* ne faisait là que régler sa propre dette (v., à propos de la garantie de livraison d'une maison individuelle de l'art. L. 231-6 CCH, Civ. 3^e, 1^{er} mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 50, p. 43 (n° 04-16297) ; 27 septembre 2006, *Bull. civ.* III, n° 188, p. 156 (n° 05-14674) ; 3 décembre 2008, *Bull. civ.* III, n° 192 (n° 07-20932) ; 3 décembre 2008 (2 arrêts), *Bull. civ.* III, n° 192 (n° 07-20264 et n° 07-20931)). La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation a heureusement mis fin à ce courant jurisprudentiel par la création de deux articles L. 313-22-1 CMF et L. 443-1 C. ass. affirmant dans des termes similaires que les établissements de crédit, sociétés de financement et entreprises d'assurance caution bénéficient dans tous les cas d'un recours contre le débiteur principal après paiement. S'agissant d'un principe valable pour toute sûreté personnelle, on a pu regretter qu'aucun texte général n'ait été introduit dans le Code civil afin de le graver dans le marbre, v. Ph. Simler, « La loi rétablit le recours du garant contre le constructeur que la Cour de cassation a cru devoir lui refuser », *JCP G* 2011, doct. 130.

³ Com., 28 avril 1964, *Bull. civ.* IV, n° 215 ; *RTD Civ.* 1965, 116, obs. J. Chevallier : il s'agissait en l'espèce de la faillite d'une société qui avait été étendue à l'un de ses associés. Une banque avait déclaré sa créance dans cette procédure et demandait également que l'on reconnaisse son droit de créance contre l'associé au titre de son engagement de caution. La cour d'appel a accueilli sa demande mais la Cour de cassation a cassé cet arrêt, affirmant que « Vu l'article 2011 du Code civil ; il résulte de ce texte que celui qui est débiteur d'une obligation à titre principal ne peut être tenu de la même obligation comme caution ».

⁴ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

285. La relativisation de la distinction par l'avènement de l'EIRL. L'EIRL est la réponse la plus récente¹ apportée par le législateur aux angoisses des petits entrepreneurs vis-à-vis du risque d'engloutissement de l'ensemble de leur patrimoine – y compris des biens nécessaires à la subsistance de leur famille – afin de payer leurs dettes professionnelles². Bien qu'assez peu utilisée en pratique, l'apparition de cette institution a déclenché de très riches réflexions théoriques³. Par dérogation à la théorie de l'unité du patrimoine, la constitution d'un EIRL permet à son fondateur de bénéficier d'une scission patrimoniale : ses biens professionnels sont affectés à la garantie de ses dettes professionnelles sous la forme d'un patrimoine professionnel. Le patrimoine personnel, lui, demeure à l'abri et les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers ayant contracté avec le débiteur pour qu'il assure les besoins de sa vie quotidienne⁴. La sécurité de l'entrepreneur individuel est donc bien mieux assurée que sous l'empire du droit de gage général de l'article 2284 du Code civil.

286. Cependant, si un entrepreneur veut développer son activité, il faut qu'il puisse obtenir du crédit, c'est-à-dire susciter la confiance des prêteurs potentiels. Et c'est là que le bât blesse : la réduction de l'assiette du droit de poursuite des créanciers à une fraction des biens de l'emprunteur ne va pas les inciter à lui consentir un terme. Ce qu'il gagne en sécurité, il le perd en potentialités de financement de son entreprise. Il faudra alors nécessairement qu'il octroie des garanties, ce qui pousse à s'interroger sur la validité des auto-garanties : l'EIRL peut-il consentir une sûreté sur l'un de ses patrimoines afin de garantir une dette née dans l'autre patrimoine ? S'il semblerait que la validité de la constitution d'une sûreté réelle sur les biens

¹ Après notamment la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), ainsi que la déclaration d'insaisissabilité créée par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

² En ce sens, les témoignages rapportés par le secrétaire d'Etat Hervé Novelli, à l'origine de cette loi, consultables sur Internet à l'adresse <https://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20100218trib000477712/le-discours-d-herve-novelli-sur-la-creation-de-l-eirl.html>.

³ V., pour la nécessité de repenser la distinction des droits réels et des droits personnels, R. Libchaber, « Eclairage – Feu la théorie du patrimoine », *BJS* avril 2010, p. 316 et s. De même, en matière de procédures collectives, J. Vallansan, « Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective », *JCP E* 2010. 1083. Alors que le principe était l'impossibilité d'ouvrir plus d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur, peu important le nombre d'activités exercées, l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 a changé la donne. Aux termes des art. L. 680-1 et s. C. com., lorsque le débiteur est un EIRL, seul le patrimoine affecté à l'activité considérée subit les effets de la procédure collective. Plusieurs procédures collectives peuvent donc désormais être ouvertes à l'encontre d'un même débiteur au titre de ses différentes activités. Si une telle évolution a eu lieu ici, pourquoi pas en matière de droit des sûretés ? V., enfin, se demandant s'il est possible de constituer un nantissement sur le patrimoine affecté, C. Lisanti, « Le nantissement du patrimoine affecté ? », *Cah. dr. ent.*, mai 2011, dossier 18.

⁴ V. les art. L. 526-6 C. com. pour la composition des deux patrimoines et L. 526-12 C. com. pour le périmètre du droit de poursuite de chaque catégorie de créanciers, étant expressément précisé que ce système fonctionne « par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil ».

personnels de l'entrepreneur pour garantir une dette professionnelle ne fasse pas de doutes en doctrine, il n'en va pas de même en matière de sûretés personnelles¹. Il est reproché à l'auto-cautionnement d'être contraire à la fois à l'esprit de la loi instituant l'EIRL et à la définition du cautionnement. Il est nécessaire d'examiner la pertinence de ces arguments afin de démontrer qu'en réalité, rien ne s'oppose à l'existence d'une telle figure. On mentionnera toutefois le fait que les rédacteurs de la loi, conscients de ce que la question du crédit de l'EIRL est cruciale – c'est-à-dire que, si les entrepreneurs individuels ne parviennent pas à obtenir de crédit, l'EIRL tombera en désuétude –, ont entendu favoriser le financement par recours au cautionnement mutuel². Cependant, de tels organismes adopteront le même comportement que tout autre créancier, ce qui signifie qu'eux aussi réclameront des sûretés³, rendant ainsi la question de la validité des auto-garanties impossible à esquiver.

287. Auto-cautionnement et esprit de l'EIRL. Le premier argument des auteurs opposés au cautionnement des dettes professionnelles de l'entrepreneur par l'octroi d'un droit de poursuite sur son patrimoine personnel concerne l'esprit de la loi du 15 juin 2010. En effet, le seul objet de ce texte est de protéger les biens personnels de l'entrepreneur contre le risque d'entreprise. En lui permettant de donner en garantie les biens que le législateur entendait défendre contre le droit de poursuite des créanciers professionnels, le résultat escompté n'est pas atteint et la loi devient inutile. La protection patrimoniale voulue par le législateur et consacrée par l'article L. 526-12 du Code de commerce devrait alors s'interpréter de façon stricte comme une étanchéité absolue entre les deux patrimoines de l'entrepreneur⁴.

288. Cet argument n'est pas le plus impressionnant. En effet, il est possible de raisonner par analogie avec la situation du dirigeant social qui cautionne les dettes de son entreprise

¹ V., en faveur de la possibilité de constituer des auto-sûretés réelles mais non des auto-sûretés personnelles, V. Bonnet, « Les sûretés et l'EIRL », *JCP N* 2012. 1338 ; A. Gourio, « Entreprise et crédit », *Gaz. Pal.* 19 mai 2011, p. 29.

² Par BPI-Groupe (ex OSEO) et la SIAGI notamment, v. F. Macorig-Venier, « Observations sur l'EIRL et les sûretés », *BJS* mars 2011, p. 253 et s., spé. n° 20, où l'auteur explique que les parlementaires souhaitaient fixer des règles contraignantes empêchant les banques de cumuler un cautionnement et une sûreté réelle sur les biens de l'entrepreneur, avant de reculer face aux potentiels « effets pervers » d'un tel amendement. V. également la réponse ministérielle n° 81762, *JOAN Q*, 19 octobre 2010, p. 11390, dans laquelle est affirmé le souhait du Gouvernement que « l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ait accès au crédit sans avoir à constituer des sûretés sur ses biens personnels ou apporter la garantie de ses proches ».

³ H. Synvet et A. Gaudemet, « EIRL et sûretés », *LPA* 28 avril 2011, p. 32 et s., spé. n° 34 ; S. Tandeau de Marsac, « Réflexions générales d'un praticien », *Dr. et Patr.* avril 2010.

⁴ V. Bonnet, « Les sûretés et l'EIRL », art. précité ; A. Gourio, « Entreprise et crédit », art. précité ; S. Schiller, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non-affecté ? », *Dr. et Patr.* avril 2010, p. 88 et s.

unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL). Il est indéniable que la création d'une telle société a pour but de limiter la responsabilité de l'associé à hauteur de ses apports et, à l'inverse, d'interdire aux créanciers de la société d'exercer un quelconque droit de poursuite sur son patrimoine personnel. Cette protection patrimoniale passe par la création d'une personne morale, ce qui constitue un obstacle théoriquement plus solide à l'action des créanciers que la simple affectation de biens. Pourtant, personne ne conteste aujourd'hui la possibilité pour l'associé unique de cautionner les dettes de sa société¹. Il faut se rendre à l'évidence : le droit du crédit est un droit réaliste qui, pour remplir ses objectifs, n'a aucun remords à écarter les fictions. Au nom du principe de réalité, il n'a pas hésité à réduire à néant les conséquences pratiques de la constitution d'une personne morale. On peut imaginer qu'il n'aurait pas plus de scrupules à écarter les effets de l'affectation².

289. Par ailleurs, le cautionnement de l'entrepreneur sur ses biens personnels serait-il si contraire à l'esprit de la loi du 15 juin 2010 ? Il est permis d'en douter : certes, la loi crée un cloisonnement patrimonial au profit de l'entrepreneur. Mais l'on ne voit pas pourquoi il ne lui serait pas permis de le contourner au profit d'un créancier en particulier. Le mérite de la loi serait alors d'avoir changé le sens de la dialectique principe/exception en la matière : pour l'EURL, le droit de poursuite des créanciers professionnels a pour seule assiette l'actif professionnel, l'exception consistant alors en l'acceptation de la reconstitution d'un droit de gage général au profit d'un créancier particulier par l'octroi d'un cautionnement sur les biens personnels³.

¹ On ne peut mieux expliquer la validité d'un tel cautionnement qu'en reproduisant la réponse à une question écrite du Ministre de la Justice, citée par Ph. Simler, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N* 1987, étude 100598 : « empêcher le dirigeant d'une société de se porter caution conduirait à la négation de sa capacité civile et serait contraire au principe de la liberté contractuelle reconnue à toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection particulière. Par ailleurs, recourir à de telles mesures risquerait d'être préjudiciable à un grand nombre de petites sociétés qui ne disposent pas de capitaux propres suffisants. En effet, l'engagement personnel du dirigeant comme caution est souvent le seul moyen pour ces entreprises d'obtenir l'octroi de crédits nécessaires à leur fonctionnement ». Pas un mot n'est à retrancher à cette réponse, qui pourrait avoir été écrite aujourd'hui à propos de l'auto-cautionnement de l'EURL.

² D'autant plus que les raisons qui justifient que les créanciers fassent « tomber le masque » de la personne morale se retrouvent à l'identique dans l'EURL, v. A. Piedelièvre, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 9 fév. 1982, doct. 85 : ces sociétés ne sont « pas crédibles financièrement pour le fournisseur de crédit qui, au-delà d'une apparence, veut se garantir sur la réalité, c'est-à-dire sur le patrimoine d'un ou de plusieurs dirigeants sociaux ». Le faible montant de l'actif des entreprises recourant à l'EURL ou l'EURL justifie que le créancier cherche à tout prix à en revenir à la « réalité » : le droit de gage général.

³ Ainsi que l'a expliqué E. Dinh, « L'EURL, un hybride en droit français », *JCP E* 2010. 1979, n° 40 : « l'exposition du patrimoine privé aux risques de l'entreprise mute d'une logique de risque subi à une logique de risque consenti ».

290. Auto-cautionnement et définition des sûretés personnelles. Le deuxième obstacle, plus technique, se rapporte à la définition même des sûretés personnelles. L'argument, fondé sur la lettre des textes du Code civil relatifs au contrat de cautionnement¹ et sur la jurisprudence, consiste à affirmer que l'existence d'un garant distinct du débiteur principal est de l'essence de ce type de sûreté. Ainsi, quand bien même l'EIRL disposerait de deux patrimoines, il n'en demeure pas moins une seule personne juridique. Etant déjà débiteur à titre principal, il ne pourrait l'être à nouveau en tant que caution². La différence avec les sûretés réelles qui, elles, peuvent être données tant pour garantir sa propre dette que pour garantir celle d'autrui, ressort avec netteté. Mais que penser de cette critique ?

291. On peut d'ores et déjà souligner que les promoteurs de la loi du 15 juin 2010 ont envisagé l'existence d'une telle garantie et ont estimé que rien ne s'opposait à sa validité³. Pour en revenir aux textes, on peut rappeler que certaines des dispositions relatives au cautionnement datent de 1804, à une époque où cette garantie consistait en un service d'ami du garant au débiteur principal. Il s'agissait alors nécessairement de deux personnes distinctes. Ne pourrait-on pas considérer que des pratiques plus récentes, nées des besoins de la vie des affaires, fassent évoluer la conception que le droit français se fait des sûretés personnelles en général et du cautionnement en particulier ? Ce ne serait d'ailleurs pas la première fois : alors que la conception originelle de cette sûreté en faisait un contrat civil en raison de l'absence d'intérêt personnel de la caution à la dette principale, la pratique du cautionnement des dettes de la société par un dirigeant social a abouti au développement d'un cautionnement commercial qui n'a déjà plus rien de la pureté théorique de la sûreté personnelle du XIX^e siècle⁴.

¹ V. not. l'art. 2288 C. civ.

² Ph. Simler, « EIRL et communauté de biens entre époux », *JCP G* 2011. 4, spé. n° 5.

³ V. la déclaration de M. François Fillon, Premier Ministre, sur les difficultés rencontrées par l'artisanat durant la crise économique et sur ses propositions pour l'évolution du statut juridique et fiscal de l'artisan à Schiltigheim (Bas-Rhin), le 3 décembre 2009, accessible à l'adresse <http://www.vie-publique.fr/cdp/notices/093003481.html> : « *L'affectation du patrimoine passera par une déclaration au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, afin qu'elle soit opposable aux tiers et notamment aux détenteurs de créances postérieures à cette affectation. L'entrepreneur restera propriétaire des biens affectés à son activité professionnelle, sur lesquels il sera responsable vis-à-vis de ses créanciers professionnels. Il devra tenir une comptabilité distincte permettant de suivre l'évolution des biens affectés. Ca n'empêchera pas une banque de subordonner l'octroi d'un crédit à l'obtention d'une caution assise sur des biens personnels. Mais une telle décision sera beaucoup moins subie qu'aujourd'hui et relèvera davantage du choix express du chef d'entreprise » (c'est nous qui soulignons) ; J.-J. Hyest, Rapport au Sénat, n° 362, p. 29 ; L. de la Raudière, Rapport à l'Assemblée Nationale, n° 2298, p. 14.*

⁴ Rapp. A. Piedelièvre, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », art. précité, p. 85, constatant que l'évolution s'est produite « *au prix de la déformation de la nature même de l'engagement de la caution* ».

292. De plus, en s'en tenant non pas à la lettre mais à l'esprit des textes régissant le cautionnement – et à la jurisprudence qui les interprète – il ne semble pas exagéré de dire que, bien plus que la présence de trois personnes à l'opération, la validité du cautionnement suppose l'existence de trois patrimoines : le patrimoine du créancier, le patrimoine qui répond de la dette à titre principal et celui qui répond de la dette en tant que garant¹. Ce qui importe au créancier, c'est de pouvoir obtenir un droit de poursuite lui permettant de saisir des biens sur lesquels il n'était auparavant titulaire d'aucun droit². Si l'assiette de ce nouveau droit de poursuite lui paraît suffisant, l'on ne voit pas bien au nom de quel principe l'ordre juridique devrait lui imposer de devenir créancier de son débiteur-EIRL sur son patrimoine professionnel et d'un tiers-garant au lieu d'être créancier de son débiteur-EIRL sur son patrimoine professionnel ainsi que sur son patrimoine personnel. Le principe doit être la liberté contractuelle de l'entrepreneur qui bénéficie d'une pleine capacité juridique. A partir du moment où il consent à ce que son patrimoine personnel puisse entrer dans l'assiette du droit de poursuite de son créancier professionnel – ce qui signifie qu'il accepte en connaissance de cause que ses biens personnels puissent être saisis – rien ne devrait permettre de le lui refuser. Comme l'a déclaré M. Simler à l'adresse des opposants à la possibilité pour l'associé unique d'une EURL de cautionner les dettes de sa société, « *ainsi, les dirigeants de sociétés pourraient valablement cautionner tout débiteur, sauf précisément leur propre société ! A l'inverse, toute personne pourrait, en qualité de caution, garantir une société, sauf précisément le principal intéressé ! Le seul énoncé de ces propositions en démontre l'absurdité. Ce serait la ruine d'innombrables sociétés* »³.

¹ A. Aynès, « EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* oct. 2011 : « à une personne ne correspond plus nécessairement un seul et unique patrimoine. Ne faut-il pas alors faire évoluer la définition ou l'analyse des sûretés personnelles ? Davantage que l'adjonction d'un second débiteur, ne consistent-elles pas en l'adjonction d'un second patrimoine ? Jusqu'alors, il n'y avait pas de différence entre ces deux définitions. Il y avait une concordance parfaite entre la personne et son patrimoine. Aujourd'hui, à deux patrimoines ne correspondent plus nécessairement deux personnes. Il est donc envisageable qu'une extension du droit de poursuite du créancier opère sans qu'un tiers ne s'engage » ; N. Borga, « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJE* mars 2011, p. 76 et s. : « une vision moins « personnaliste », plus objective, est susceptible de vaincre les éventuelles réticences. La sûreté personnelle pourrait en effet fort bien être envisagée comme l'affectation d'un autre patrimoine que celui du débiteur à la garantie d'une dette, peu important qu'une seule personne soit titulaire des deux patrimoines en cause ». V également M. Mignot, « L'EIRL et les sûretés », *RRJ* 2011-3, p. 1455 et s. ; F. Pérochon, « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre », *RPC* mars-avril 2011, dossier 25 ; Ph. Théry, « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffrénois* 2011, p. 569 et s., « L'EIRL, ou la prise de la Bastille », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, spé. n° 15 et s., p. 703 et s.

² Ce qui est précisément la raison pour laquelle le créancier, dans l'arrêt rendu le 28 avril 1964 (v. *supra*, n. 3, p. 236), ne pouvait bénéficier d'un cautionnement. En revanche, le cautionnement consenti par l'entrepreneur sur son patrimoine personnel pour garantir une dette professionnelle correspond parfaitement à la notion de sûreté en ce qu'il s'agit d'un ajout au droit de gage général tiré du contrat de base liant le créancier à son débiteur.

³ Ph. Simler, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », art. précité.

293. Bilan : la sûreté personnelle met nécessairement en jeu trois patrimoines. Ainsi, que l'entrepreneur consente un cautionnement sur ses biens personnels pour garantir une dette professionnelle ou bien qu'il faille créer un nouveau type de garantie dans cette hypothèse¹, il n'est plus vrai d'affirmer que la sûreté personnelle se différencie de la sûreté réelle en ce que trois personnes participent nécessairement à l'opération. A ce stade, il est possible d'affiner la distinction en déclarant que la sûreté réelle est une technique de garantie du paiement d'une obligation par l'affectation de biens qui peuvent être initialement compris dans le droit de poursuite du créancier – lorsque le débiteur est le constituant – ou non – en présence d'un tiers-garant –, alors que la sûreté personnelle consiste en une technique de garantie du paiement d'une obligation par l'octroi d'un droit de poursuite chirographaire permettant d'appréhender des biens qui se situent nécessairement hors du droit de gage général du créancier à l'origine. Les différences techniques entre les deux types de garantie se limitent donc à ceci : l'affectation – et donc la rupture d'égalité – ne se retrouve que dans les sûretés réelles ; les biens donnés en garantie doivent nécessairement se trouver hors du périmètre du droit de gage général initial du créancier dans les sûretés personnelles, alors qu'il ne s'agit que d'une possibilité en matière de sûretés réelles. La *summa divisio*, qui paraît très claire, tend cependant à s'estomper lorsque l'on considère l'étendue de l'assiette des sûretés.

§2) *L'assouplissement du principe de spécialité*

294. Plan. Il est acquis qu'une sûreté personnelle peut porter sur l'intégralité des biens du constituant et garantir l'ensemble des dettes présentes et futures du débiteur principal envers un créancier : on reconnaît là la silhouette du cautionnement *omnibus*². Au contraire, de manière classique, le principe de spécialité s'opposait fermement à ce qu'une sûreté réelle prenne une

¹ Sur cette dernière hypothèse, v. M. Mignot, « L'EIRL et les sûretés », art. précité, pp. 1468-1469. En effet, la fixation du régime de l'auto-cautionnement est difficile à réaliser, étant donné qu'on ne peut appliquer à une telle figure, parmi les dispositions appartenant au régime du cautionnement, que celles qui ne supposent pas que le débiteur et le garant soient deux personnes distinctes (il faudrait donc exclure notamment les règles relatives à l'obligation d'information du créancier, car la caution est en cette hypothèse particulièrement bien informée de l'évolution de la dette principale, encore que l'information sur l'existence d'un droit de résiliation unilatérale des sûretés à durée indéterminée conserve tout son intérêt). Sur la possibilité pour l'entrepreneur d'accorder une lettre d'intention sur son patrimoine personnel, v. N. Borga, « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », art. précité.

² Cette appellation est plus appropriée que celle de « cautionnement illimité », v. C. Mouly, « La grand-mère et l'*omnibus* », *RJDA* 1993/10, p. 679 et s., spé. n° 7.

telle ampleur. Récemment encore, il était possible d'affirmer qu'il s'agissait d'un non-sujet, ce qui était révélateur « *du peu d'intérêt apparent de cette question : pourquoi devrait-on s'intéresser aujourd'hui à une question qui semble classique et à un principe qui paraît si bien établi ?* »¹. Tout a changé depuis : outre l'article de M. Crocq qui a rendu accessible au plus grand nombre les enseignements du droit comparé, la doctrine s'y est à nouveau intéressée², tout comme la jurisprudence³ et, surtout, le législateur l'a considérablement assoupli en 2006, notamment par l'institution de l'hypothèque rechargeable, qui permet de garantir d'autres créances que celles initialement désignées dans l'acte constitutif⁴. Cet assouplissement n'est pas sans conséquences et une évolution vers sa suppression totale serait très critiquable. En effet, le constituant d'une sûreté réelle autorisé à consentir une garantie sur l'ensemble de son patrimoine pour assurer le paiement d'un ensemble de créances futures seulement déterminables voit sa situation se rapprocher très fortement du garant accordant un cautionnement *omnibus* (A). Dans les deux cas, bien que les dangers engendrés par la constitution d'une sûreté générale afin de garantir une dette future ne soient pas les mêmes, ils appellent un encadrement similaire de l'efficacité de telles garanties (B).

¹ P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et Patr.* avril 2001.

² Y. Blandin, *Sûretés et bien circulant : contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 567, 2016 ; C. Dauchez, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013.

³ Com., 17 février 2015, *Bull. civ.* IV, n° 39 (n° 13-27080) ; *RDC* oct. 2015, p. 880 et s., obs. M. Julienne.

⁴ Il a été largement remarqué que les sûretés rechargeables tiennent en échec le principe de spécialité des sûretés réelles quant à la créance garantie. Alors que d'ordinaire, des créances futures ne peuvent être garanties que si elles sont au moins déterminables (sur le sens de cette exigence, v. *infra*, n° 304 et s.), la conception de la sûreté rechargeable comme réserve de crédit conduit nécessairement à la possibilité de la constituer afin de garantir des créances futures encore indéterminables. Sur ce point, v., entre autres, A. Gourio, « L'hypothèque rechargeable », *RDBF* sept. 2006, étude 14, n° 15 et s., y voyant « *la disparition dans ce cas du principe classique de la spécialité quant à la créance garantie [...] les nouvelles créances éligibles à l'hypothèque rechargeable sont totalement inconnues lors de sa constitution* » ; M. Grimaldi, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP G* n° hors-série, mai 2006, n° 2 : « *l'hypothèque rechargeable a vocation à garantir des créances dont l'acte ne dit rien, des créances encore inconnues, indéterminables, sans distinction entre créances futures et créances présentes [...] Elle a pour trait caractéristique de créer une enveloppe qu'il sera loisible au constituant d'utiliser ensuite à son gré* » ; J.-D. Pellier, « Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable », *LPA* 17 janv. 2008, n° 4 : « *l'hypothèque rechargeable représente donc une sorte d'« enveloppe hypothécaire », dans laquelle pourront se glisser d'autres créanciers. On pourrait même la comparer à un contrat-cadre dont les conventions de rechargement réaliseraient l'application* ».

A) *L'avènement de la sûreté réelle omnibus à assiette flottante*

295. L'origine du principe de spécialité. Jusqu'à la fin du XX^e siècle, « spécialité » rimait avec « modernité ». Bien que ce principe ne soit pas de l'essence des garanties réelles¹, on considère généralement que c'est son avènement qui a mis fin à l'archaïsme du droit du crédit. En effet, alors que l'hypothèque d'Ancien Droit était générale et occulte², ce qui empêchait les tiers de se renseigner sur l'état du patrimoine du débiteur et, par ricochet, constituait un frein à l'obtention de crédit³, les rédacteurs du Code civil ont accepté de reprendre le principe de spécialité issu d'une loi du 11 brumaire an VII tout en modérant ses effets. L'hypothèque du Code civil était ainsi doublement spéciale : quant aux biens grevés et quant à la créance garantie, ces exigences devant être remplies dans l'acte constitutif de la sûreté aussi bien que dans les bordereaux d'inscription⁴.

296. La spécialité quant aux biens grevés signifiait que seuls des biens présents, dont le constituant était propriétaire au moment de la constitution de la sûreté, pouvaient constituer l'assiette de l'hypothèque. Ces biens devaient être énumérés dans l'acte, à peine de nullité, afin de permettre aux tiers de pouvoir se renseigner facilement sur l'état du patrimoine du constituant. Le principe de spécialité n'a donc jamais empêché un débiteur de donner à un créancier tous ses immeubles en garantie, mais il fallait nécessairement les désigner un à un⁵.

¹ Ce principe fait partie du droit commun des seules sûretés conventionnelles, la spécialité quant à l'assiette n'étant pas de l'essence des sûretés légales : l'art. 2331 C. civ. énonce un certain nombre de privilèges mobiliers généraux, l'art. 2375 du même Code des privilèges immobiliers généraux, l'art. 2401 pose le principe que les hypothèques légales portent sur la totalité des immeubles du débiteur. En matière de sûretés judiciaires, tout dépend du bien grevé : l'hypothèque judiciaire conservatoire et le nantissement judiciaire de fonds de commerce sont des sûretés spéciales quant à la créance garantie et quant à l'assiette, v. les art. R. 531-1 et R531-2 CPCE, alors que les nantissements judiciaires de parts sociales et de valeurs mobilières sont en principe des sûretés générales, mais qui garantissent une créance déterminée, v. les art. R. 532-3 et R. 532-4 CPCE *in fine*.

² C. Dauchez, th. précitée, n° 60 et s., p. 86 et s. ; L. Guillaud, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, Arthur Rousseau, 1904, T. 1, n° 3, p. 417.

³ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 477 et s. pour l'intervention du tribun Grenier, extrêmement favorable à la spécialité de l'hypothèque.

⁴ Pour une présentation classique des effets du principe, v., entre autres, M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1149 et s., p. 805 et s. ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd. par Y. Picod, 1999, n° 269 et s., p. 312 et s. ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 1317 et s., p. 661 et s. ; Y. Picod, *op. cit.*, n° 307 et s., p. 405 et s.

⁵ J.-J.-M. Chaumet, *Des hypothèques conventionnelles au point de vue du droit de préférence*, th. pour la licence, Rennes, Oberthur et Fils, 1872, p. 34 : « tout en prohibant l'hypothèque générale, la loi laisse donc la faculté d'hypothéquer tous ses biens présents, pourvu que chacun d'eux soit nominativement désigné ; c'est-à-dire qu'alors même, il faut que l'hypothèque soit spécialisée en quelque sorte sur chacun des immeubles » ; C.-E. Delvincourt, *op. cit.*, p. 158 : « une simple stipulation d'hypothèque générale n'aurait aucun effet ; sans préjudice cependant de la faculté qu'a le débiteur, d'hypothéquer tous ses biens présents, si le créancier l'exige, mais en faisant la déclaration spéciale et nominative de chacun d'eux en particulier » ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 324, p. 300.

Fort logiquement, le corollaire de ce principe était l'interdiction de l'hypothèque des biens à venir : ne pouvant être désignés dans l'acte, ils ne pouvaient constituer l'assiette de l'hypothèque¹. Le régime de certaines hypothèques mobilières admet toutefois depuis longtemps l'affectation en garantie de bien en cours de construction².

297. La portée de la spécialité quant à la créance garantie a fait l'objet de débats plus houleux : fallait-il désigner expressément la créance garantie et indiquer son montant dans l'acte ou bien la simple fixation d'un montant pour l'hypothèque était-elle suffisante ? C'est la première conception qui l'a emporté et, après un arrêt du 6 février 1939³, la portée du principe a été affermie. Pour satisfaire à ses exigences, il fallait indiquer la cause de la créance dans l'acte constitutif, puis fixer un plafond à l'hypothèque, indépendamment du montant de la créance, même si cela restait discuté⁴. Il était toutefois permis de contourner le principe de spécialité en constituant une sûreté réelle garantissant le solde d'un compte courant ou une ouverture de crédit⁵, mais cette solution restait exceptionnelle.

298. La désaffectation pour le principe de spécialité. Cependant, à la fin du XX^e et, surtout, au début du XXI^e siècle, « spécialité » s'est mis à rimer avec « rigidité »⁶. Les fondements du principe se sont obscurcis et on lui a reproché de causer en partie le retard du droit français des sûretés sur les droits étrangers. Ainsi, le principe de spécialité aurait été la cause de frais excessifs car il obligeait le constituant et son créancier à négocier l'octroi d'une nouvelle garantie à chaque fois que les parties voulaient intégrer un nouveau bien dans son

¹ C. Dauchez, th. précitée, n° 123 et s., p. 137 et s. ; S. Tanagho, « L'hypothèque des biens à venir », *RTD Civ.* 1970. 441.

² V. les art. L. 4122-1 C. transports, 245 C. douanes et L. 6122-5 C. transports, respectivement pour l'hypothèque fluviale, maritime et aérienne. V. également, à propos du nantissement de demande de brevet, l'art. R. 613-55 CPI ainsi que P. Salvage-Gerest, « Le gage des brevets d'invention », *JCP CI* 1978. 12781, n° 12, p. 368. De manière générale, hors gage avec dépossession, les régimes applicables aux différentes sûretés mobilières permettent déjà depuis un certain temps d'affecter en garantie des biens futurs, sous réserve d'une déterminabilité suffisante au jour de la constitution de la sûreté, v. J. Mestre, « Le gage de choses futures », *D.* 1982. chron., p. 141 et s.

³ Un des rares arrêts portant sur les sûretés réelles à avoir connu les honneurs d'un commentaire aux *Grands arrêts de la Jurisprudence Civile*, n° 309, p. 851 et s.

⁴ Ce n'est plus contesté aujourd'hui, étant entendu que les textes du Code civil obligent les parties à porter leur attention sur « le montant [...] de la charge hypothécaire, car l'hypothèque peut être consentie pour un montant supérieur à celui de la créance actuelle », v. L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *op. cit.*, n° 662, p. 398.

⁵ F. Martin, « Le principe de spécialité de l'hypothèque – Application et évolution », *Dr. et Patr.* nov. 2005.

⁶ V., par ex., G. Affaki, « Regards croisés sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : la banque de financement », *RDBF* sept. 2018, dossier 30, spé. n° 19 : « il est difficile de justifier, tant sur le terrain juridique qu'économique, la survie du principe de spécialité dans une réforme qui ambitionne d'adapter le droit des sûretés à la réalité moderne du crédit ».

assiette ou garantir une nouvelle créance¹. De même, il aurait été inadapté à la constitution de sûretés portant sur des stocks, laissant par là même des « *gisements de sûretés* »² inexploités et minant l'attractivité de notre droit face aux sûretés globales que peuvent connaître les droits anglo-saxons³ ou québécois⁴. La réforme du 23 mars 2006 a alors fait le choix de conserver le principe tout en l'assouplissant. On peut résumer les modifications apportées au principe de la manière suivante : la spécialité devient de moins en moins une condition de validité de la sûreté et de plus en plus un simple moyen de déterminer les contours de la garantie tels qu'ils existent dans l'intention des parties. Un certain degré d'imprécision est donc acceptable au stade de la constitution de la sûreté⁵. Cependant, cet assouplissement – qui ressemble davantage à un enterrement sur la question des créances garanties – a peut-être causé un bouleversement inattendu de notre droit des sûretés.

299. L'assouplissement quant à l'assiette. Tout d'abord, l'assouplissement du principe de spécialité passe par l'octroi d'une plus grande liberté aux parties dans le choix des biens grevés. Là où « l'ancienne spécialité » ne permettait de donner en garantie que des biens

¹ P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. précité. Comp., estimant que le principe de spécialité était déjà suffisamment souple avant la réforme, Ph. Dupichot, th. précitée, n° 641 et s., p. 492 et s.

² M.-E. Ancel, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et Droit* sept.-oct. 2004, p. 5. V. également G. Affaki, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », in M.-E. Ancel (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 7, 2005, n° 16 et s., p. 16 et s.

³ Pour une présentation de la *floating charge* de droit anglais, permettant au créancier de bénéficier d'une sûreté sur l'intégralité des biens présents et à venir de son débiteur tout en lui laissant la possibilité d'en disposer suivant le cours normal de ses affaires (« *in the ordinary course of business* »), v. H. Beale, M. Bridge, L. Gullifer, E. Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, Oxford University Press, 2nd ed., 2012, n° 1. 13, p. 7 : « *with the invention of the floating charge [...], debtors were able to treat their entire undertakings as a single asset that could be the subject of a flexible, unified security agreement* » et n° 6.57 et s., p. 148 et s. V. également R. Goode, *Commercial Law*, Penguin Books, London, 3rd ed., 2004, p. 676 et s. En droit américain, le §9-108 de l'*Uniform Commercial Code* permet de définir de façon assez large le périmètre du *security interest*. Ainsi, le (b) de cet article autorise une détermination de l'assiette de la sûreté par la mention de la catégorie des biens grevés, leur quantité, ou toute autre méthode rendant les biens grevés déterminables. En revanche, aux termes du (c), une description « super-générique » indiquant que le débiteur donne « tous ses biens » en garantie serait insuffisante. Cette exigence de déterminabilité de l'assiette de la sûreté répond uniquement à des nécessités probatoires, v. *Uniform Commercial Code, Official text and comments, The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007, p. 887.

⁴ Il existe en droit québécois des « hypothèques d'universalités » pouvant porter tant sur des immeubles que sur des meubles. Les exigences du principe de spécialité ne sont pas extrêmement rigoureuses. Ainsi, l'assiette sera suffisamment déterminée si le constituant indique grever « l'universalité de ses créances » ou « une portion ou un pourcentage » d'une universalité. Il est également possible de constituer une « hypothèque ouverte », assez fortement inspirée de la *floating charge*. Sur tous ces points, v. L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 5^e éd., 2015, n° 491, p. 241 et n° 1456 et s., p. 772 et s., ainsi que les articles 2665 et 2715 et s. C. c. Q.

⁵ A. Aynès, « La garantie des créanciers futurs », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque éditeur, 2013, n° 8, p. 91 : « le « principe » de spécialité quant à la créance n'est pas non plus, en soi, un obstacle à la constitution de sûretés en garantie de créances futures. Ce qu'on désigne ainsi, c'est la règle qui veut qu'une sûreté ne puisse garantir n'importe quelle créance ; elle ne peut être totalement omnibus [...] pour satisfaire cette exigence, il suffit que, lors de la constitution, la ou les créances garanties soient déterminables afin que, lors de la réalisation, on puisse savoir quelles sont les créances garanties et celles qui ne le sont pas [...] Dans l'acte constitutif, on peut désigner des éléments qui permettront, le moment venu, de faire le départ entre les créances garanties et celles qui ne le sont pas » ; C. Dauchez, th. précitée, n° 150 et s., p. 173 et s.

présents, la « nouvelle spécialité » autorise la constitution d'une sûreté réelle sur des biens futurs, voire sur un ensemble de biens présents et futurs¹ – c'est-à-dire sur une universalité de fait². L'idée du législateur était évidemment de rattraper le retard du droit français sur les droits étrangers, et notamment sur le droit anglais et le droit américain qui connaissent des sûretés réelles générales, portant sur tous les biens du débiteur : la *floating charge* et le *security interest*, pour lesquels les juristes français ont les yeux de Chimène. Le principe de spécialité n'a toutefois pas complètement disparu : dans l'acte constitutif de la sûreté, l'espèce, la nature et la quantité des biens corporels donnés en garantie doivent être indiquées³, tout comme les créances affectées doivent être individualisées⁴ ; la même remarque vaut au stade de la publicité de la sûreté⁵.

300. Cependant, la Chambre Commerciale de la Cour de cassation est allée au bout de la logique du législateur en réduisant à la portion congrue le principe de spécialité dans le gage

¹ Art. 2011 C. civ. pour la fiducie, art. 2333, al. 1 C. civ. pour le gage ; art. 2355, al. 1 C. civ. pour le nantissement ; art. 2420, 1^o C. civ. pour l'hypothèque. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une exception au principe d'interdiction de l'hypothèque des biens à venir, mais cette exception a pris tant d'importance qu'elle a fini par devenir le principe en pratique, ce qui a conduit Planiol à résumer plaisamment la spécialité hypothécaire de la façon suivante : « Article 1^{er}, l'hypothèque de biens à venir est défendue ; article 2, elle est permise toutes les fois que le créancier en a besoin », v. Ph. Dupichot, th. précitée, n^o 654, pp. 499-500. De nombreux auteurs plaident ainsi en faveur de l'alignement du régime de l'hypothèque d'immeubles futurs sur celui des autres sûretés réelles, v. N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 13, n^o 24 : « l'article 2419 du Code civil dispose que l'hypothèque ne peut, en principe, être consentie que sur des immeubles présents. Mais chacun sait que ce principe tolère des exceptions, notamment lorsque le constituant ne possède pas de biens présents, au point que ledit principe est revêtu d'une autorité toute relative [...] Le moment est donc peut-être venu d'aller au bout de la logique pour autoriser par principe l'hypothèque sur des droits immobiliers futurs », ainsi que C. Juillet, « Plaidoyer en faveur de l'hypothèque de biens à venir », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teysse*, LexisNexis, 2019, p. 1111 et s., ou encore S. Piedelièvre, « L'hypothèque », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n^o 12, p. 267, considérant que la prohibition est « anachronique ». Cette proposition mérite d'autant plus la réflexion qu'elle permettrait d'éviter la consécration d'exceptions au principe dépourvues de toute portée pratique, ou presque... v., sur la troisième exception énoncée par l'art. 2420 C. civ., O. Barret, « Une garantie illusoire : l'hypothèque portant sur les constructions élevées par le preneur à bail rural », *Defrénois* juin 1995, p. 705 et s. : « la menace permanente de la disparition de la garantie par l'effet de la résiliation du bail concourt à rendre précaire l'hypothèque constituée sur les constructions. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que le recours à une telle hypothèque ne soit pas pratiqué ».

² V. R. Boffa, « L'ensemble de biens comme objet de sûreté », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, n^o 1, p. 75, ainsi que C. Kuhn, « Le droit commun du gage », *LPA* 27 mars 2008, n^o 26. On notera que le simple fait de donner en garantie une universalité de fait ne contrevient pas au principe de spécialité lorsque ses composants sont suffisamment déterminés, v. A. Denizot, *L'universalité de fait*, préf. R. Libchaber, Fondation Varenne, coll. des thèses, n^o 23, 2008, n^o 347, p. 237 : « on s'aperçoit que l'assiette formée par l'universalité de fait est le plus souvent décrite en détail. Lorsque l'ensemble est l'objet d'un nantissement ou d'un usufruit, les parties savent ce qu'il contient. Contrairement aux biens de l'assiette flottante, les biens de l'universalité de fait sont déterminés. L'existence d'un ensemble ne conduit pas à contourner le principe de spécialité ».

³ Art. 2336 C. civ. pour le gage ; art. 2418 C. civ. pour l'hypothèque.

⁴ Art. 2356, al. 3 C. civ. pour le nantissement de créance ; art. L. 313-23, al. 4 CMF pour le nantissement et la cession Dailly, sachant que tous les éléments d'individualisation indiqués par cette disposition n'ont pas à être systématiquement mentionnés. En effet, « il faut attribuer aux moyens d'identification des créances cédées ou nanties mentionnées à l'article L. 313-23 un caractère indicatif. La seule exigence est celle d'une identification suffisante de ces créances par les données comprises dans le texte du bordereau ou, exceptionnellement, par renvoi à un transfert informatisé » (J. Stofflet, « Les financements par cession de créances futures en droit français », *RDBF* janv. 2003, dossier 100010, n^o 15).

⁵ Article 2 (4^o) du décret 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession ; art. 2426 *in fine* pour l'hypothèque.

commercial par un arrêt rendu le 17 février 2015¹. Dans cette affaire, se posait notamment la question de la validité de l'inscription d'un gage commercial consenti sur « *l'intégralité de la production de boîtes fromagères [du constituant], présente et future, ainsi que les matériaux nécessaires à leur fabrication* ». Le pourvoi demandait l'inopposabilité de l'inscription en raison du non-respect des exigences du principe de spécialité : alors que les textes requièrent que les biens grevés soient facilement identifiables par les tiers, la mention portée sur le bordereau aurait été trop floue pour atteindre cet objectif. Pourtant, la Cour de cassation, se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont estimé que les éléments indiqués « *renseignant utilement et valablement les tiers sur la nature, la qualité et la quantité considérées, le gage était opposable aux tiers* », a validé l'inscription du gage.

301. Vers la généralisation des sûretés à assiette flottante. L'exigence de détermination de l'assiette des sûretés spéciales étant formulée de la même façon pour l'acte constitutif et le bordereau d'inscription, que reste-t-il du principe de spécialité quant à l'assiette aujourd'hui ? Le gage commercial ne présentant aucune particularité sur ce point², il semblerait bien que la porte ait été ouverte à la constitution de sûretés réelles mobilières à assiette flottante en droit français. Suivant l'exemple proposé par la Chambre commerciale, tout professionnel devrait être en mesure de grever d'un gage l'intégralité de ses stocks ou d'un nantissement l'ensemble des créances détenues sur un client. De la constitution de la sûreté à la date de sa mise en œuvre, le constituant ne serait pas gêné dans son activité : il pourrait librement disposer des marchandises en stocks ou réclamer le paiement des créances au client, les marchandises arrivant par la suite au lieu de conservation prévu³ et les créances naissant ultérieurement entre les parties étant grevées dès leur entrée dans son patrimoine. Au jour de la mise en œuvre de la sûreté se produirait la cristallisation bien connue de la *common law* : le constituant perdrait la libre disposition des biens compris dans l'assiette et le bénéficiaire serait libre de les saisir.

¹ Com., 17 février 2015, précité.

² J. Foyer, « Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents », in J. Hamel (dir.) *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 54.

³ Pour le gage de stocks, si les parties décident d'appliquer le régime prévu dans le Code de commerce, v. les art. L. 527-2, 2°, L. 527-4 et L. 527-5 pour la possibilité de grever des stocks de biens présents et futurs, sans dépossession, en introduisant dans l'assiette du gage les nouvelles marchandises au rythme de la rotation des stocks.

302. Il ne faut toutefois pas pousser trop loin le parallèle des sûretés françaises et de la *floating charge* : s'il est certes possible que les biens grevés par la sûreté au jour de sa réalisation ne soient pas ceux sur lesquelles la sûreté portait à l'origine et que l'on puisse ainsi qualifier l'assiette d'une telle sûreté de « flottante », il demeure impossible de constituer des sûretés générales en droit français. Là où une entreprise domiciliée au Royaume-Uni peut effectivement donner tous ses biens, présents et à venir, en garantie à ses créanciers, un débiteur français demeure soumis aux exigences du principe de spécialité quant à l'assiette, bien qu'il ait été considérablement assoupli. A l'image du droit américain qui n'admet pas de description « super-générique » de l'assiette du *security interest*, un gage portant sur « tous mes biens meubles » n'est pas envisageable en droit français, ne serait-ce que pour des raisons de publicité : le périmètre d'une telle garantie ne peut être aisément déterminé par les tiers¹. Quoiqu'il en soit, la seule possibilité d'affecter des biens futurs en garantie modifie d'ores et déjà grandement la physionomie de la sûreté réelle.

303. En effet, le parallèle est alors frappant entre la situation qui résulte de l'assouplissement du principe de spécialité quant à l'assiette dans les sûretés mobilières et celle qui est prévue par l'article 2284 du Code civil et qui bénéficie à tout créancier vis-à-vis de son débiteur, comme au titulaire d'un cautionnement face à son garant. Alors qu'auparavant, les sûretés réelles portaient nécessairement sur un stock de biens présents au jour de la conclusion du contrat, elles peuvent désormais avoir pour assiette un flux de biens dont la valeur importe plus que la matérialité. Tout comme un créancier chirographaire ne peut connaître à l'avance l'étendue de son droit de poursuite, les sûretés réelles à assiette flottante permettent d'appréhender à titre préférentiel la valeur de biens initialement absents du patrimoine du constituant. Que le créancier soit chirographaire ou titulaire d'une telle sûreté réelle, il lui est possible de saisir des biens présents au jour de l'engagement du débiteur comme d'exercer ses droits sur la contre-valeur des biens arrivés par la suite dans son patrimoine et présents au jour

¹ Il faut bien noter qu'il existe tant de catégories de meubles (dix-sept selon l'arrêté du 1^{er} février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession) que l'appréciation du contenu de l'assiette de la sûreté serait nécessairement malaisée. Il nous semble que, soit l'exercice serait extrêmement fastidieux, soit le constituant grèverait de sûretés certains biens sans savoir exactement à quoi il s'engage. V., en un sens similaire, R. Boffa, « L'ensemble de biens comme objet de sûreté », art. précité, n° 8, p. 79 : « *L'ensemble doit-il être cantonné ? Puis-je valablement stipuler que tous mes meubles corporels, présents ou futurs, seront gagés au profit de mon créancier ? [...] Il nous semble que la notion d'ensemble suppose, par définition, qu'il y ait un espace clos à l'intérieur de l'univers des biens visés par la sûreté. Ainsi, s'agissant du gage, le fait d'affecter tous les meubles corporels présents ou à venir ne crée pas un ensemble, puisque cela revient à épuiser totalement l'actif visé par la sûreté* ».

de la mise en œuvre de l'exécution forcée. Ces sûretés pourraient peut-être inspirer le législateur à rédiger un nouvel article 2284-1 dans le Code civil, aux termes duquel on lirait que « *quiconque s'est obligé par une sûreté réelle, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens compris dans son assiette, présents et à venir* ». Le rapprochement entre cautionnement et sûretés réelles est encore plus flagrant dans l'hypothèse de la garantie de dettes futures.

304. L'assouplissement quant à la créance garantie. Afin de se conformer aux exigences du principe de spécialité quant à la créance garantie, les parties devaient indiquer la cause de la créance présente dans l'acte, puis spécifier un montant pour l'hypothèque. Le principe empêchait donc la constitution de sûretés réelles *omnibus*, consenties pour garantir l'ensemble des créances nées et à naître dans les relations du créancier et de son débiteur¹. L'assouplissement réalisé par la réforme du 23 mars 2006 a consisté à alléger la première règle : désormais, il est possible de constituer une sûreté réelle pour garantir des créances futures, sous réserve qu'elles soient au minimum « déterminables »² au jour de la mise en œuvre de la garantie. Cette déterminabilité des créances futures se manifeste par l'indication, dans l'acte constitutif, d'éléments suffisamment précis pour que l'on puisse constater avec certitude que, selon l'intention des parties, ces créances sont garanties par la sûreté.³ La portée du principe de spécialité dépendra alors de l'interprétation que la jurisprudence donnera de l'exigence de déterminabilité des créances futures et de l'indication de la cause : la spécialité se maintiendra

¹ Pour un exemple d'annulation d'une telle sûreté, v. CA Colmar, 1^{er} Chambre civile, section B, 24 novembre 2011, n° 11/02000, qui annule un nantissement de créance « *consenti en garantie de toute créance de la banque sur le client au titre de toute avance, prêt ou crédit de toute nature, opération de bourse ou autre opération sur titres ou sur instruments financiers et au titre de toute prestation de service* » au motif qu'il s'agit d'un « *nantissement 'omnibus' qui est prohibé puisqu'en vertu des dispositions de l'article 2356 alinéa 2 du Code civil les créances garanties doivent être désignées et déterminables si elles sont futures* ».

² Art. 2333, al. 2 C. civ. pour le gage ; art. 2421 C. civ. pour l'hypothèque conventionnelle. Les art. 2372-2 et 2488-2 C. civ. appliquent également cette exigence à la fiducie-sûreté, si bien que l'on peut affirmer que « *l'espoir d'une fiducie-sûreté échappant à l'emprise de la spécialité des sûretés réelles aura-t-il été déçu : non seulement l'antique principe de spécialité quant aux créances garanties résiste en matière hypothécaire, mais il gagne des contrées fiduciaires nouvelles* » (Ph. Dupichot, « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dr. et Patr.* mai 2010). On remarquera toutefois que les textes relatifs aux sûretés sur créances – art. 2356 C. civ. pour le nantissement de créance et art. L. 313-23 CMF pour la cession Dailly – parlent plutôt d'« individualisation », sans que l'on sache vraiment s'il s'agit de deux notions différentes, v. M. Julienne, obs. sous Com., 17 février 2015 précitées, n° 19.

³ Des éléments tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et leur échéance, selon les textes relatifs aux sûretés sur créances. Il a été proposé que la seule mention de l'identité du créancier et du débiteur soit considérée comme suffisante, par analogie avec le droit du cautionnement, v. N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009, n° 92, p. 102 : « *Il semble que l'on puisse en ce domaine raisonner de la même manière qu'à l'égard du cautionnement omnibus* » ; C. Dauchez, th. précitée, n° 211, pp. 218-219.

si elle est stricte, alors que la porte sera grande ouverte à la généralisation¹ des sûretés réelles *omnibus* si elle est laxiste. Le droit comparé est riche d'enseignements, car son étude prouve que l'assouplissement du principe a toujours conduit à l'admission de telles sûretés.

305. Vers la généralisation des sûretés réelles *omnibus*. L'exemple du droit belge est à ce titre particulièrement parlant. Alors qu'à l'origine, les sûretés réelles ne pouvaient être consenties qu'en garantie d'une créance présente, la Cour de cassation belge, par un arrêt *Mengal* du 28 mars 1974², a édicté un principe de validité du gage consenti pour garantir des créances futures. Comme dans notre droit, la mise en œuvre de la garantie suppose que de telles créances soient déterminables grâce aux éléments indiqués dans l'acte constitutif. Cette exigence n'est pas très lourde : la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour affirmer qu'une référence aux créances nées et à naître des « *relations d'affaires entre les parties* », des « *opérations bancaires que les parties viendraient à conclure* » ou des « *ouvertures de crédit et du fonctionnement des comptes entre le créiteur et le constituant* » est suffisante³. Il s'agit seulement de pouvoir déterminer si, au jour de la mise en œuvre de la sûreté, la créance considérée entre bien dans le périmètre délimité par la volonté des parties. La solution a par la suite été étendue à l'hypothèque⁴, si bien que les sûretés réelles *omnibus* sont largement utilisées

¹ Nous parlons de « généralisation » car le droit français n'est, malgré tout, pas complètement hostile aux sûretés réelles *omnibus*. V., par ex., Com., 19 décembre 1972, *Bull. civ.* IV, n° 340, p. 316 (n° 71-13938), qui valide un nantissement de marchés publics par lequel l'intégralité des créances du marché avaient été affectées à la garantie de « *toutes les opérations, qu'elle qu'en soit la nature, [que l'entrepreneur] a pu ou pourra faire avec le Crédit Lyonnais* » ; Com., 29 avril 2003, n° 00-15858, pour un nantissement de films cinématographiques garantissant le « *remboursement de toutes les sommes dont [la société] se trouve débitrice envers le groupement de production, notamment en raison de l'octroi de crédits bancaires* ».

² *Pas.*, 1974, I, 776. Cet arrêt affirme que le gage peut être « *constitué pour la garantie de dettes futures, sous la seule réserve que ces dettes soient déterminées ou déterminables au moment de la constitution de la sûreté. Les créances futures ont un caractère suffisamment déterminé ou déterminable si la convention instituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie* ».

³ M. Grégoire, « Les sûretés réelles », in *Synthèse de droit bancaire et financier – Liber amicorum André Bruyneel*, Bruylant, Bruxelles, 2008, n° 17 et s., p. 355 et s., spé. n° 17, p. 356 : « *au regard du critère de déterminabilité [des créances], la constitution d'un gage « pour toutes sommes » est valable, à condition que l'acte constitutif contienne un élément quelconque rendant ultérieurement possible la détermination de la créance garantie [...] La référence à un pareil cadre général préétabli peut se faire dans l'acte constitutif par la mention de ce que la sûreté garantit toutes sommes nées dans le cadre des relations d'affaires entre les parties, ou en vertu des opérations bancaires et financières que les parties viendraient à conclure, ou encore en raison des ouvertures de crédit et du fonctionnement des comptes entre le créiteur et le constituant* » ; A.-M. Stranart, « L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier » et « L'hypothèque pour « toutes sommes » », in *Réalités et fictions en droit des garanties – Hommage à la rigueur créatrice d'Anne-Marie Stranart*, Larquier, coll. de l'unité de droit économique de l'ULB, 2011, pp. 225-226 : « *la stipulation d'hypothèque « pour toutes sommes » satisfait à l'exigence que les créances garanties soient déterminables au sens où cette condition doit être entendue. Une telle clause, en effet, permet de définir les créances garanties quand cela sera nécessaire : seront de celles-là « toutes les créances » du titulaire contre le constituant [...] Les « relations d'affaires » forment en effet selon l'expression de Van Gerven un « cadre général » suffisamment déterminé pour que toutes les obligations qu'elles engendrent soient à leur tour déterminables* » ; J. Van Compernelle, « Les sûretés réelles en droit belge », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, n° 35, p. 82.

⁴ Par la loi du 13 avril 1995 introduisant un article 51 *bis* dans la loi sur le crédit hypothécaire.

par la pratique belge. Les textes belges et français relatifs à la spécialité quant à la créance garantie étant rédigés de la même manière, notre jurisprudence pourrait facilement reconnaître de manière généralisée les sûretés *omnibus*.

306. L'expérience québécoise, quoique plus récente et ayant fait face à davantage de résistances, a abouti au même résultat. Sous l'empire des textes du Code civil du Bas-Canada, le principe de spécialité quant à la créance garantie ne posait pas de problème majeur. Cependant, lorsque la jurisprudence a eu à se prononcer sur sa portée, elle a statué dans un sens totalement conforme aux exigences classiques du droit français : le respect du principe supposait de fixer un montant pour l'hypothèque et d'indiquer la cause de la créance dans l'acte constitutif de la sûreté¹. Il était alors impossible de constituer une sûreté réelle en garantie d'une ou plusieurs créances futures indéterminées. Après l'entrée en vigueur du Code civil du Québec en 1994, les choses ont changé. L'insertion d'un nouvel article 2797 dans ce Code² a conduit la doctrine à s'interroger sur la possibilité de constituer une sûreté réelle *omnibus*. Suivant la voie tracée par le droit belge, la discussion a été tranchée en faveur de la possibilité de consentir de telles sûretés : si le montant de l'hypothèque doit bien être fixé *ab initio*, rien n'empêche les parties de stipuler qu'elle garantit un ensemble de créances futures indéterminées, mais déterminables³.

307. Ainsi, au vu des termes employés par la réforme du 23 mars 2006 et des évolutions connues par les systèmes juridiques évoqués⁴, aux textes souvent très proches des nôtres, l'on

¹ J. Auger, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », *R. du N.*, vol. 97, juill. 1995, p. 454 et s. Selon l'auteur, les juges se sont prononcés pour la première fois sur la portée du principe en 1984 (!) dans une affaire « *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.* », [1984] C. S. 856-868.

² Art. 2797 C. c. Q. : « *L'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation dont elle garantit l'exécution. Cependant, dans le cas d'une ouverture de crédit et dans tout autre cas où le débiteur s'oblige à nouveau en vertu d'une stipulation dans l'acte constitutif d'hypothèque, celle-ci subsiste malgré l'extinction de l'obligation, à moins qu'elle n'ait été radiée* » (c'est nous qui soulignons).

³ L. Payette, *op. cit.*, n° 659 et s., p. 329 et s., spé. p. 332 : « *Le Code civil du Québec [...] ne formule pas de règle de spécificité relativement aux obligations principales garanties* ».

⁴ Le droit allemand n'est pas non plus en reste, si l'on se réfère à la pratique de la *Globalzession*, cession globale de créances, v. G. A. Lange, « La cession massive de créances à titre de garantie en droit allemand », *RDBB* sept.-oct. 1993, p. 196 : « *Du fait que le contrat sur la cession globale repose sur des créances qui naîtront dans l'avenir, il se pose le problème de l'individualisation suffisante des créances qui font partie de la cession globale [...] Les conditions que la jurisprudence demande pour cette individualisation des créances futures, cédées globalement, ne sont pas très exigeantes [...] D'après la jurisprudence du « Bundesgerichtshof », il est suffisant que la cause de la naissance de la créance future soit déterminée d'une telle façon qu'au moment de la naissance de la créance la personne du tiers débiteur et le contenu de la créance soient déterminables. Le contrat de la cession globale doit donc déterminer les domaines qui sont à l'origine de la naissance des créances. Pour cela, il est suffisant de mentionner les créances clients dans le cadre d'une entreprise commerciale du cédant* ».

s'aperçoit que le droit français n'est plus si réticent à accepter des sûretés réelles *omnibus*¹ à assiette flottante. Les similitudes entre sûretés réelles et sûretés personnelles augmentent considérablement : les frontières de la sûreté réelle se brouillent, il n'est plus possible de savoir *ab initio* quels biens seront compris dans l'assiette du droit de poursuite du créancier bénéficiaire², ni à quel montant va finalement se fixer la dette du constituant. Ces éléments ne seront déterminés qu'à la date de mise en œuvre de la sûreté, ce qui est également la situation du bénéficiaire d'un cautionnement *omnibus*. La sûreté réelle emprunte donc sa souplesse au cautionnement, de telle sorte que la distinction entre les différents types de sûretés doit être relativisée³, mais est-ce réellement une bonne chose ? Les sûretés personnelles, ne reposant pas sur la technique de l'affectation, ne provoquent pas de rupture d'égalité entre les créanciers du constituant...

308. Critique de l'assouplissement du principe. On ne pouvait qu'approuver M. Dupichot lorsqu'il affirmait ne pas comprendre « *au nom de quel paradoxe le cautionnement est souvent perçu comme un engagement moins grave que l'octroi d'une sûreté réelle* »⁴. Cautionner les dettes d'un tiers est un acte grave, créateur d'endettement, alors que la constitution d'une sûreté réelle pour garantir ses propres dettes n'a aucun impact sur ce terrain. Et pourtant, aujourd'hui, l'on peut légitimement se demander si le fait de pouvoir octroyer un

¹ V., dans le même sens, Ph. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et Patr.* avril 2012 : « le principe de spécialité me paraît satisfait dès que les créances garanties sont suffisamment bien identifiées pour qu'on puisse sans ambiguïté déterminer quelles sont les créances garanties à un instant « t ». La créance garantie peut donc, à mon avis, être l'objet d'une description entièrement abstraite si cette description est suffisamment claire pour passer ce test. Si une des créances ainsi garanties n'est pas née au moment de la réalisation, elle n'aura pas été garantie ; dans le cas contraire, elle entre dans le champ du droit de préférence du bénéficiaire de la sûreté. Le point mériterait cependant une confirmation, car il permet de donner aux créances garanties une ampleur si grande que cela rappelle l'engagement omnibus et peut donc faire hésiter. Les mêmes observations peuvent valoir s'agissant des biens constitués en garantie ». Comp. toutefois, estimant que la constitution d'une sûreté réelle *omnibus* est impossible en droit français, M. Farge, « La protection du dirigeant garant », in N. Borga (dir.), *La protection du dirigeant social*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 9, p. 66 et s., se fondant sur la persistance de la nécessité d'indiquer la « cause de la créance » dans l'acte constitutif ainsi qu'un montant maximal lors de l'inscription.

² Comp. R. Boffa, « L'ensemble de biens comme objet de sûreté », art. précité, n° 2, p. 76 : « l'admission des sûretés sur ensembles s'explique par le déclin du principe de spécialité. La sûreté ne porte pas sur un bien particulier, mais sur un ensemble flottant, amené à agréger des biens futurs », ainsi que M. Bourassin, « L'attrait limité du gage de choses fongibles de droit commun », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, n° 6, p. 74 : « Depuis le 24 mars 2006, date d'entrée en vigueur de la réforme des sûretés, les parties peuvent convenir de grever un ou plusieurs biens déterminés ou une universalité de fait, c'est-à-dire un ensemble de biens présents et/ou futurs. L'assiette du gage est alors en quelque sorte flottante, et ce, jusqu'à sa cristallisation lors de l'éventuelle mise en œuvre de la sûreté ».

³ Rapp. N. Bargue, *Essai sur la notion de garantie*, th. Paris I, 2008, n° 445, pp. 439-440 : « Cela augmente considérablement l'attractivité des sûretés réelles, qui peuvent désormais jouer un rôle similaire à celui des garanties personnelles en couvrant une multiplicité de créances, à l'heure même où le législateur fait preuve de méfiance à l'endroit du cautionnement général ». Il ne semble ainsi plus possible d'affirmer que « ce qui distingue le crédit personnel du crédit réel, c'est qu'il ne s'attache pas à l'état actuel du patrimoine du débiteur, mais qu'il fait confiance à son état futur, compte tenu des qualités personnelles du débiteur », v. Ph. Malaurie, n. sous Com., 1^{er} mars 1972, D. 1973. 733.

⁴ Ph. Dupichot, th. précitée, n° 653, p. 498.

droit de préférence ou un droit exclusif sur une large part de son patrimoine en garantie d'un ensemble de dettes présentes et futures ne place pas certaines sûretés réelles au même niveau de dangerosité que le cautionnement *omnibus*. C'est qu'au-delà de l'information des tiers et de la prévention du gaspillage de crédit du constituant – la fameuse interdiction de lui laisser « manger son blé en herbe » – le principe de spécialité est trop lié à l'organisation du crédit, et donc à l'ordre public¹, pour que l'on puisse y porter atteinte sans bouleverser tout notre système juridique.

309. Il est acquis depuis bien longtemps que l'égalité entre les créanciers n'est plus un dogme qu'il faut respecter religieusement². Il faut pouvoir s'en défaire lorsqu'il empêche l'octroi de crédit. Cependant, il existe une différence considérable entre la mise à l'écart ponctuelle de l'égalité au nom des nécessités du crédit et son anéantissement³. Si le cautionnement *omnibus* limité à un certain montant est plus tolérable que la sûreté réelle *omnibus*, c'est que le premier n'entraîne aucune rupture d'égalité entre les créanciers du garant. Bien au contraire, la combinaison de l'assouplissement du principe de spécialité quant à l'assiette et quant à la créance garantie peut aboutir à la constitution d'une sûreté réelle *omnibus* à assiette flottante, c'est-à-dire à une rupture d'égalité perpétuelle sur une grande partie du patrimoine du constituant, ce qui est inacceptable⁴.

310. Dangers de la sûreté réelle *omnibus* à assiette flottante. Une telle situation est d'abord inacceptable car elle réduit à néant la règle de l'égalité des créanciers, lui substituant le principe du « premier arrivé, premier servi » : le premier créancier en date n'a qu'à se faire consentir une hypothèque et un gage ou un nantissement d'un portefeuille de valeurs mobilières en garantie de toutes dettes nées et à naître dans ses relations d'affaires avec le débiteur pour être certain d'être premier en rang sur tous ses biens en cas d'insolvabilité. Elle est ensuite inacceptable car elle prive de toute sanction le droit de créance chirographaire : un créancier

¹ Pour la proposition d'une régulation des sûretés *omnibus* à assiette flottante au nom de l'ordre public, v. *infra*, n° 323.

² M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31 et s. ; R. Nemedeu, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD Com.* 2008, 241.

³ Pour une réflexion similaire en matière de privilèges, v. *infra*, n° 949 et s.

⁴ C'est donc bien la combinaison de l'abandon potentiel de la spécialité quant à l'assiette aussi bien que quant à la créance garantie qui est dangereuse. Le problème vient de l'étendue du droit de préférence perpétuel et non seulement de sa durée. Comp, T. H. D. Struycken, « Rapport néerlandais », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Portugaises, T. XLVII, LGDJ, 1998, n° 13-14, pp. 263-264.

dépourvu de sûreté serait assuré de ne rien pouvoir obtenir en cas de défaillance de son débiteur. Le droit de gage général perd toute sa valeur si quelques créanciers peuvent empêcher tous les autres d'accéder au patrimoine du débiteur. Enfin, elle est inacceptable car elle conduit à placer le débiteur perpétuellement sous la coupe de son créancier : ce dernier, titulaire d'un droit préférable à tous sur l'intégralité du patrimoine du constituant et pour garantir la totalité des créances dont il est titulaire, serait maître de son crédit¹. Il accorderait des prêts aux conditions qui lui conviennent le mieux, sans que le débiteur ne puisse se tourner vers d'autres fournisseurs de crédit – dont on comprendrait la réticence à n'accepter qu'un droit de préférence de deuxième rang². Il ne faut pas priver le débiteur de la « *puissance de garantie* »³ que lui confère son patrimoine. L'on saisit alors pourquoi un auteur s'est insurgé contre la disparition du principe de spécialité qui conduirait au démembrement du patrimoine du constituant : la rupture

¹ Le droit de l'exécution forcée tire déjà des conséquences de cette constatation, not. au travers de l'art. L. 311-5 CPCE, forçant le créancier hypothécaire à réaliser sa sûreté avant de saisir d'autres immeubles appartenant au constituant, v. S. Guinchard et T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 9^e éd., 2018/2019, n° 1317. 41, p. 1575 : « *l'idée directrice, découlant de la logique du droit des sûretés, est que l'intérêt du propriétaire de l'immeuble de conserver dans son patrimoine, dans la mesure du possible, des biens libres de toute charge réelle, est conciliable avec l'intérêt du créancier d'être désintéressé* » ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019, n° 48, pp. 66-67 : « *la seule explication permettant de justifier véritablement cette disparité de traitement tient à une volonté de préserver le crédit immobilier du constituant, et donc l'assiette du droit de poursuite des autres créanciers. En forçant le créancier hypothécaire à épuiser sur-le-champ le bénéfice de son droit de préférence, le patrimoine du débiteur ne reste pas inutilement grevé de charges* ».

² Sur tous ces éléments, v. Ph. Delebecque, « Le droit de gage général des créanciers a-t-il un caractère égalitaire ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, n° 24, p. 255 : « *Les débiteurs sont ainsi conduits à manger leur blé en herbe à la grande satisfaction des créanciers bénéficiaires [...] mais au détriment des autres créanciers, qui ne peuvent même plus espérer une simple situation de concours. Le principe de spécialité visait à ménager le crédit du débiteur, en d'autres termes les droits des autres créanciers. En le remettant en cause, le législateur a porté un coup peut-être fatal au principe d'égalité* ».

³ R. Demogue, « La notion de patrimoine », in *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du droit, 2001, p. 399.

d'égalité entre les créanciers n'est supportable que si elle est temporaire¹ ; elle ne l'est plus lorsque la sûreté survit à l'extinction de l'obligation initialement garantie².

311. Les textes sont ainsi suffisamment souples pour que la sûreté réelle puisse porter sur un ensemble en évolution permanente et garantir un ensemble de dettes futures déterminables, à l'image de ce qui se fait déjà dans le droit du cautionnement. Le droit des sûretés personnelles n'a toutefois pas octroyé aux créanciers la possibilité de se faire consentir de telles garanties sans ménager un certain nombre de garde-fous afin d'assurer la protection de la caution. De manière assez peu étonnante, l'on s'aperçoit que ces techniques de protection sont également celles qui servent à limiter les inconvénients attachés à la constitution d'une sûreté réelle *omnibus* à assiette flottante. Il est donc possible d'esquisser une ébauche d'un droit commun des garanties de dettes futures : leur structure commune appelle des limitations identiques.

¹ Ph. Théry, *op. cit.*, n° 117 bis, 3°, p. 183 : « celui qui cautionne des dettes futures ne fait que créer un passif dont tous ses biens répondront, sans priver les autres créanciers de la possibilité d'exercer leurs droits sur les biens du débiteur. Celui qui constitue une sûreté réelle pour garantir des dettes futures affecte tel ou tel bien à un seul créancier, évinçant par là même tous les autres. Des sûretés réelles omnibus, constituées pour garantir toutes les créances qui naîtraient dans les rapports du créancier et du constituant débouchent sur un démembrement du patrimoine au profit d'un créancier déterminé » ; « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et Patr.* avril 2001 ; « L'EIRL, ou la prise de la Bastille », art. précité, n° 7 et s., p. 698 et s. La même idée a été peu ou prou évoquée par J. Flour, *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, Les Cours de Droit, 1961-1962, p. 28 : « les sûretés conventionnelles sont toutes spéciales. Pourquoi ? Sans doute parce qu'il ne peut dépendre d'une personne d'engager trop gravement son crédit : elle n'en aurait plus pour contracter des dettes futures. L'idée est analogue à celle d'après laquelle le patrimoine est inaliénable ». V. également R. Boffa, « L'ensemble de biens comme objet de sûreté », art. précité, n° 3, p. 77 : « le risque est patent d'une captation, par un seul créancier, de l'essentiel de la richesse présente et future du constituant [...] peut-on admettre qu'un créancier lambda se taille ainsi la part du lion ? Il y a un risque d'épuisement du crédit à travers la recrudescence de sûretés générales ». Des réflexions similaires ont eu lieu à l'étranger. Au Québec, v. J. Auger, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », art. précité, *in fine* : « permettre qu'un créancier puisse détenir en permanence une hypothèque susceptible de garantir l'exécution de toutes les dettes présentes et futures ne va pas dans le sens de ces intérêts légitimes [la protection du débiteur et des tiers]. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle existe le principe de la spécialité de l'hypothèque » ; en Belgique, v. F. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R. F. D. L.* 2013/3-4, n° 91, p. 367 : « l'avenir dira si le fait que la totalité du patrimoine saisissable d'un débiteur puisse être affectée d'un droit de préférence au profit de tous les engagements à l'égard d'un seul créancier n'entrave pas excessivement la libre concurrence et l'exercice des sûretés » et I. Moreau-Margrève, « L'hypothèque pour toutes sommes », *J. T.* 9 mars 1996, n° 5793, p. 181 et s.

² Rapp. D. Hiez, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 399, 2003, n° 382, p. 249, qui affirme que les sûretés réelles « ont pour caractéristique commune d'être [des mécanismes] limités dans le temps, puisqu'ils s'éteignent lors du paiement ou, en principe, de la disparition du bien sur lequel ils portent ». Ceci ne vaut toutefois que sous réserve de la validité des sûretés rechargeables qui, elles, permettent une mise en concurrence des différents créanciers.

B) Les limites communes à l'efficacité des garanties de dettes futures

312. Les objectifs de la protection. La garantie de dettes futures n'est pas une opération anodine. Parce qu'il est impossible de déterminer le montant de la dette du débiteur avant la fin des relations ayant donné lieu à l'octroi de la garantie, sa portée peut aller bien au-delà de ce que les parties et les tiers avaient pu envisager initialement. Il s'agit donc de prévoir des garde-fous afin de prévenir certains excès : l'endettement du constituant d'une sûreté personnelle et la soumission économique à un créancier unique pour le constituant d'une sûreté réelle. Les objectifs de la protection contre les débordements de la garantie de dettes futures sont donc distincts selon le type de sûreté considéré. Cependant, comme il s'agit dans tous les cas d'éviter que la garantie ne prenne une ampleur démesurée, il n'est pas si surprenant que les mesures employées pour s'assurer que l'étendue de la garantie demeure raisonnable soient identiques quelle que soit l'espèce de sûreté considérée. Trois mesures sont particulièrement intéressantes au titre de cette étude : la nécessité de rédiger un écrit, les modes d'extinction de la garantie de dettes futures et la différenciation de la protection suivant que le constituant est un particulier ou un professionnel.

313. L'écrit *ad validitatem*. Les sûretés sont assez généralement des contrats solennels¹. A ce titre, elles ne peuvent être valables sans que le constituant n'extériorise sa volonté selon les formes prescrites par la loi². Il faut donc nécessairement qu'un écrit soit rédigé, ce qui permet à celui qui donne ses biens en garantie de prendre conscience de la gravité de son engagement³. En effet, on estime généralement que « *qui écrit pense. Ecrire est pénible. L'écrit accompagne le cheminement de la pensée* »⁴. Cette idée est tout à fait classique pour les sûretés personnelles et la matière hypothécaire⁵, et prend de l'ampleur en ce qui concerne les autres

¹ En matière de sûretés personnelles, il est affirmé que le consensualisme reste le principe malgré la multiplication des exceptions, v. L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *op. cit.*, n° 202 et s., p. 100 et s. Pour les sûretés réelles, le gage commercial continue à affirmer sa différence en dispensant les parties d'un écrit *ad validitatem*, v. Com., 17 février 2015, précité.

² M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, préf. J. Vidal, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CXXXVII, 1975, not. p. 31.

³ En un sens similaire, v. Y. Picod, *op. cit.*, n° 12, p. 16, estimant que le droit des sûretés devient « *de plus en plus formaliste à des fins protectrices des parties (les exigences du droit de la consommation en matière de sûretés personnelles rejoignant des préoccupations traditionnelles du droit des sûretés réelles)* ».

⁴ G. Cornu, « L'écrit dans les perspectives du droit – Réflexions sur un symbole et des pratiques », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. doctrine juridique, 1998, p. 247 ; V. également M.-A. Guerriero, th. précitée, spé. p. 14 et p. 40.

⁵ V., traitant ensemble du formalisme du cautionnement, du mandat de se porter caution, de l'hypothèque et de la promesse d'hypothèque, G. Couturier, « Les finalités et les fonctions du formalisme », *Defrénois* 2000, n° 15-16, p. 880 et s. ; Ph. Théry,

sûretés réelles¹. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que le Code civil exclut expressément le droit des sûretés des domaines dans lesquels les écrits et mentions obligatoires, hors actes authentiques, peuvent être rédigés sous forme électronique, lorsque le constituant ne contracte pas pour les besoins de sa vie professionnelle².

314. C'est un lieu commun que d'affirmer que le cautionnement, sous des dehors indolores, est un acte extrêmement dangereux pour la caution. En effet, si elle a l'impression de ne servir que de garant de moralité au débiteur principal, sa surprise peut être immense de se voir obligée de payer une dette parfois considérable³. Alors que le contentieux relatif à la validité des contrats de cautionnement gonflait sans cesse, la jurisprudence a trouvé dans l'écrit un moyen de protéger la caution. En effet, une série d'arrêts rendus dans les années 1980 a fait de la mention manuscrite de l'ancien article 1326 du Code civil une condition de validité de la sûreté⁴, alors même qu'il s'agissait initialement d'une règle de preuve⁵. La rigueur juridique ne

« Les sanctions en droit des sûretés – Entre cycles politiques et désordres techniques », in C. Chainais et D. Laszlo-Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, vol. 1, 2012, n° 26, p. 283. Sur la protection du constituant d'une hypothèque par le formalisme de l'acte authentique, v. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 930, p. 693 : « l'exigence d'un acte notarié pour la validité de l'hypothèque est considérée, dans la communauté des juristes, comme destinée à protéger le seul débiteur constituant » ; Ph Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 405, p. 412 : « le contrat d'hypothèque est l'un des rares contrats solennels du droit français [...] La validité même du contrat dépend ici de sa forme. La règle s'explique par différentes raisons : par l'histoire, [...] par la volonté de protéger le constituant face à un acte grave dont il ne mesure pas forcément les conséquences ». Rappr. S. Atsarias, *La protection des garants des dettes de l'entreprise*, préf. F. Macorig-Venier, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 12, 2018, n° 146 et s., p. 108 et s., cantonnant l'existence d'un formalisme de protection à l'hypothèque conventionnelle et à la fiducie-sûreté.

¹ On peut toutefois noter qu'un ancien arrêt de règlement imposait que le prêt sur gages soit constaté par écrit, « ce qui a été jugé nécessaire pour éviter les abus et les fraudes qui s'y pourroient commettre » (G. Argou, *Institution au droit françois*, T. II, par. M. A. G. Boucher d'Argis, Desaint et Saillant, Paris, 9^e éd., 1764, p. 355). V. également M. Grimaldi, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 26 juin 1996, n° 7 : « si l'on passe en revue le cortège des gages spéciaux, l'on n'en trouve guère de consensuel. Par rapport au modèle du Code civil, le législateur a procédé, tantôt par voie d'adaptation, tantôt par voie de substitution [...] Par voie de substitution, lorsque l'exigence de dépossession devait être abandonnée, soit à raison de la nature du bien, soit à raison de la finalité du crédit garanti : presque toujours, l'établissement d'un écrit, protecteur du constituant, est imposé à peine de nullité ».

² L'art. 1174 C. civ. pose le principe de l'équivalence de l'écrit manuscrit et de l'écrit électronique, puis l'art. 1175, 2^o y apporte une exception : « il est fait exception aux dispositions de l'alinéa précédent pour [...] 2^o Les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ».

³ V., par ex., la belle expression de Vasseur, in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 38 : « Le cautionnement se donne dans l'euphorie et s'exécute dans les larmes et les grincements de dents ». Adde P. Sargos, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », in *Rapport de la Cour de cassation 1986*, La Documentation Française, 1987, pp. 34-35.

⁴ Pour un arrêt particulièrement clair, v. Civ. 1^o, 30 juin 1987, *Bull. civ.* I, n° 210, p. 155 (n° 85-15760) : « il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution ».

⁵ Démontrant ainsi que, contrairement à ce qu'affirmait Carbonnier, la preuve et la solennité ne relèvent peut-être pas de « deux mondes différents » (*Les obligations*, *op. cit.*, n° 89, p. 179). Sur cette proximité, v. le célèbre article de J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – études offertes à Georges Ripert*, T. I, Pichon et Durand-Auzias, 1950, p. 93 et s., spé. n° 6, pp. 98-99 : « L'opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve, entre l'écrit requis ad validitatem et celui qui est exigé ad probationem, est, dans une large mesure, artificielle [...] Le

constituait pas la préoccupation principale des juges à cette époque, qui estimaient qu'il fallait avant toute chose permettre à la caution de se rendre compte que, même si elle n'avait rien à payer à la constitution de la sûreté, il se pouvait très bien que l'exécution du contrat fût douloureuse. Ainsi, la caution qui n'avait pas écrit en chiffres et en toutes lettres la somme due précisément au créancier bénéficiaire ne pouvant prendre conscience de la gravité de son engagement, le cautionnement ne devait pas être valable. C'est depuis cette époque que l'on voit de moins en moins de cautionnements consensuels, et ce malgré le retour de la jurisprudence à la plus parfaite orthodoxie quant à la nature de la mention manuscrite précitée. Le régime du cautionnement a alors vu fleurir bien des textes exigeant de la caution la rédaction d'un certain nombre de mentions à peine de nullité de son engagement¹. Un des intérêts de ces formules sacramentelles consiste sans aucun doute en l'indication d'un plafond et d'une durée à l'engagement de la caution, restreignant ainsi toujours davantage le domaine du cautionnement *omnibus* en droit de la consommation². L'on peut ainsi constater encore une fois l'influence de la forme sur le fond.

315. En matière de sûretés réelles, l'exigence de rédaction d'un écrit à peine de nullité est bien plus ancienne. Elle est présente dans le Code civil en matière immobilière dès 1804³, alors que l'écrit n'était initialement qu'une condition d'existence du droit de préférence, et non de la sûreté elle-même, en matière mobilière⁴. La réforme du 23 mars 2006 a poursuivi l'évolution, faisant de l'ensemble des sûretés mobilières des contrats solennels⁵, le gage commercial excepté⁶. Les sûretés réelles conventionnelles sont donc des contrats solennels, mais dans quel

rapprochement entre les deux groupes de règles ne se manifeste-t-il pas seulement par une ressemblance dans leurs résultats pratiques, mais par une analogie dans leur raison d'être. Comme certaines d'entre les solennités proprement dites, la nécessité de préconstituer la preuve attire l'attention des parties et les oblige à préciser la portée de leur engagement ».

¹ V. l'art. 19 de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi *Neiertz* ; v. également l'art. 23 de la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat ; v. enfin l'art. 11 de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite loi *Dutreil*.

² V. not. les art. L. 314-15 et L. 331-1 C. conso. Certains y voient même la fin des cautionnements *omnibus* conclus par des personnes physiques, à l'exemple de Ph. Dupichot, th. précitée, n° 201, p. 175. V. également, plus mesuré, V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche de la Sorbonne – André Tunc, T. 27, 2010, n° 163, p. 236 et s., où l'auteur estime que seul le cautionnement *omnibus illimité* fait face à l'hostilité du législateur.

³ V. les art. 2085 et 2127 anc. C. civ. relativement à l'antichrèse et à l'hypothèque.

⁴ V. les art. 2074 et 2075 anc. C. civ. pour le gage.

⁵ Pour le gage et le nantissement de créance, v. les art. 2336 et 2356 C. civ. indiquant clairement que l'écrit est une condition de validité de la sûreté.

⁶ L'exception du gage commercial se maintient aujourd'hui, v. Com., 17 février 2015, précité. Cette spécificité, dont il n'est pas interdit de penser qu'elle repose sur une confusion entre preuve et forme à propos du sens de l'art. L. 521-1 C. com., devrait disparaître si l'avant-projet de réforme du droit des sûretés devait être adopté en l'état, ce dernier le supprimant purement et simplement tout en généralisant ses modes de réalisation à l'ensemble des gages constitués à des fins professionnelles, v. *infra*, n° 614 et s.

but ? Il a été soutenu que le formalisme inhérent à ces sûretés n'avait rien à voir avec un formalisme protecteur du constituant en raison de l'absence de dangerosité des sûretés réelles, mais qu'il s'agissait d'un « *formalisme de sécurité juridique* », servant uniquement à définir avec netteté le périmètre de la garantie accordée¹. M. Dupichot prend pour exemples de la justesse de son raisonnement la validité des promesses de sûreté et le contenu des mentions nécessaires à la satisfaction du principe de spécialité. Mais, outre le fait que toute promesse de sûreté ne vaut pas sûreté², cette vision des choses n'est-elle pas réductrice de la portée du principe de spécialité ? N'est-il pas particulièrement parlant que, lorsque le législateur décide en 2006 d'assouplir fortement ce principe en autorisant le gage d'un ensemble de choses futures pour garantir un ensemble de créances futures, il fait également de ce gage un contrat solennel³ ?

316. Il n'est pas interdit de penser que le législateur a entendu renforcer la protection du constituant face aux dangers de la constitution d'une sûreté réelle *omnibus* à assiette flottante. En effet, en le forçant à écrire dans l'acte constitutif de la sûreté qu'il s'engage à donner en garantie une grande partie de son patrimoine pour une somme d'un montant encore indéterminé, dans la limite d'un plafond élevé, le législateur espère que le constituant va réfléchir avant d'accepter un crédit à tout prix. Son obtention ne vaut pas nécessairement la peine de voir son patrimoine être dépecé par un seul créancier, le privant ainsi des possibilités d'obtenir par ailleurs de nouveaux crédits. Encore une fois, l'on peut constater que la portée du principe de spécialité ne se limite pas à l'obligation d'énumérer des éléments rendant possible la détermination des limites fixées par les parties à la garantie.

317. L'écrit n'est certes pas l'apanage des sûretés pour dettes futures, mais c'est en ce domaine qu'il trouve sa justification la plus impérieuse : alors que le constituant ne connaît pas à l'avance l'étendue de la dette qu'il aura finalement à acquitter, il est bon que sa volition soit précédée d'une réflexion forcée⁴. Cela permet d'éviter qu'il s'engage « à la légère », ce qui

¹ Ph. Dupichot, th. précitée, n° 562 et s., p. 440 et s.

² Sur la faiblesse des promesses d'hypothèque, v. *infra*, n° 511 et s.

³ Pour la situation antérieure, dans laquelle l'écrit du gage ne servait qu'aux fins d'opposabilité de la sûreté aux tiers, v. M.-A. Guerriero, th. précitée, p. 44.

⁴ Comp. avec les motifs d'un arrêt rendu par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation le 1^{er} mars 1853, *D.* 1854. 1. 342, estimant qu'en matière d'« *obligations futures ou actuellement indéterminées* », il est d'autant plus nécessaire d'appliquer les règles protectrices du constituant d'une sûreté car, dans le cas contraire, « *les engagements les plus menaçants pour la fortune des débiteurs seraient soustraits aux garanties que la sagesse du législateur a instituées pour prévenir l'effet des erreurs et des surprises auxquelles les débiteurs pourraient être exposés* ».

pourrait produire des conséquences désastreuses. Pour reprendre le bon mot de M. Sargos, qui se demandait si « *le cautionnement « omnibus » ne serait pas en réalité pour la caution le « TGV » vers la ruine* »¹, la sûreté réelle *omnibus* pourrait être le TGV vers l'asservissement économique du constituant. La protection des constituants de sûretés pour dettes futures ne s'arrête cependant pas au stade de leur constitution : en effet, au cours de la vie de la sûreté, il est possible d'éviter que la garantie ne prenne une ampleur trop importante.

318. L'extinction de la garantie de dettes futures. Il faut bien prendre conscience de ce que la structure de la garantie de dettes futures est toujours la même, qu'il s'agisse d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle. Garantir une dette qui n'est pas encore née, c'est introduire la notion de durée au cœur du fonctionnement de la sûreté. Dans une telle hypothèse, l'extinction de la sûreté ne peut se réaliser de manière instantanée : elle est nécessairement échelonnée dans le temps, ce qui conduit naturellement à se référer à la distinction des obligations de couverture et de règlement avancée par Mouly. La conclusion de la garantie de dettes futures ouvre une période de couverture, au cours de laquelle les dettes naissant à la charge du garant conformément aux stipulations du contrat de garantie bénéficient de la protection convenue entre les parties. A l'issue de cette période, qu'elle prenne fin en raison du terme contenu dans la convention² ou par l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale offerte à tout débiteur d'un contrat à durée indéterminée³, la couverture disparaît et les dettes naissant postérieurement ne bénéficient plus de la garantie. Le créancier redevient alors chirographaire. Cependant, chaque dette née au cours de la période de couverture a fait naître

¹ P. Sargos, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », art. précité, p. 52.

² Ou même la survenance d'un terme implicite. Le constituant d'une garantie de dettes futures s'engageant à contracter en considération des circonstances entourant l'opération garantie au jour de sa conclusion, un bouleversement de ces circonstances peut amener à la terminaison de la période de couverture s'il s'agit d'une modification de nature à mettre à mal les prévisions de la caution. La Cour de cassation statue régulièrement en ce sens, notamment en matière de droit des sociétés : tant la disparition de la société bénéficiaire (Com., 13 septembre 2011, n° 10-21370) que celle de la débitrice principale (Com., 8 novembre 2005, *Bull. civ.* IV, n° 219, p. 235, [n° 02-18449]) valent extinction de la couverture, ce qui laisse subsister, à la charge de la caution, l'obligation de payer les obligations de règlement déjà nées lorsqu'elles deviendront exigibles, en cas de défaillance du débiteur principal.

³ En raison de la prohibition des engagements perpétuels, v., à ce propos, les discussions relatives à la conformité aux principes constitutionnels de l'article 515-7 C. civ. autorisant la résiliation unilatérale d'un PACS, au cours desquelles le Conseil Constitutionnel a affirmé que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis* » (v. la décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, considérant n° 61).

dans le patrimoine du constituant, en parallèle, une obligation de règlement, exigible au jour où le débiteur principal est tenu de payer sa propre dette. L'extinction est donc échelonnée dans le temps : l'achèvement de la période de couverture ne coïncide pas avec la disparition de la garantie. Cette dernière ne sera complètement exécutée que lorsque la dernière obligation de règlement aura été payée¹.

319. Maladresses législatives vis-à-vis de la garantie de dettes futures. On peut alors regretter que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la réforme du 23 mars 2006 pour consacrer les principes généraux du fonctionnement de la garantie de dettes futures, qui transcende le clivage des sûretés réelles et personnelles². Bien pire, ces solutions bien connues du droit du cautionnement ont été éclatées, en matière de sûretés réelles, en deux textes incomplets, relevant chacun du régime d'une sûreté différente ! L'article 2358 du Code civil permet ainsi de constituer un nantissement de créance pour un temps déterminé, sans plus de précisions quant à l'effet d'une telle stipulation, alors que le troisième alinéa de son article 2423 précise la possibilité pour le constituant d'une hypothèque pour dettes futures de résilier à tout moment la garantie, sous réserve d'un préavis de trois mois, la sûreté ne demeurant que pour les dettes nées antérieurement. Il est alors difficile de comprendre la raison qui conduit les rédacteurs du premier texte à ne pas indiquer qu'à l'arrivée du terme prévu pour le nantissement de créance consenti pour une durée déterminée, les dettes nées antérieurement demeurent garanties...

320. La stipulation d'un terme exprès comme la faculté de résiliation à durée indéterminée sont indispensables à la protection du constituant d'une garantie de dettes futures,

¹ Sur tous ces points, C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 10, 1979, spé. n° 19, p. 37 et p. 325 et s. *Adde* la présentation détaillée de cette théorie par V. Mazeaud, th. précitée, n° 12 et s., p. 31 et s. V. également J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 40, 2009, n° 251, pp. 224-225, qui revisite la distinction par les notions d'obligation de garantir et d'obligation de règlement : « *l'objet de l'obligation de garantir consiste à substituer la solvabilité patrimoniale fiable de la caution à l'impécuniosité du débiteur en façonnant une éventuelle obligation de payer, décalque de l'obligation du débiteur principal et destinée à suppléer la carence de celui-ci, à laquelle la volonté des parties imprimera les spécificités qu'elles ont convenues [...] cette obligation de verser une somme d'argent [obligation de règlement] modelée par l'obligation de garantir en demeure imprégnée dès sa naissance ; elle coexiste avec elle durant toute son existence dans le contrat de cautionnement* ».

² Comp. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1206, p. 851, ainsi que M. Farge, « La protection du dirigeant garant », art. précité, n° 11, p. 70 : « *même si elle est parfois critiquée, la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement a d'indéniables vertus pédagogiques. Aussi bien ressurgit-elle pour expliquer le sort, en cas de résiliation, de l'hypothèque pour créance futures contractées pour une durée indéterminée* ». V. également V. Mazeaud, th. précitée, n° 345 et s., p. 500 et s., appelant « *sûretés-cadre* » les garanties de dettes futures, qu'il s'agisse de sûretés réelles ou personnelles.

ces techniques lui permettant d'éviter que la dette garantie ne prenne une ampleur démesurée eu égard à ses considérations initiales¹. La distinction de la date de naissance de la créance et de son exigibilité étant essentielle à la bonne compréhension de la garantie de dettes futures, on ne peut qu'espérer que les juges appliqueront ces solutions en raisonnant par analogie avec le droit du cautionnement. Cette manière de légiférer, en édictant un principe général au sein du régime d'une sûreté spéciale, est toutefois regrettable car elle introduit un doute sur sa véritable portée. L'édification d'un droit commun constitue alors le seul moyen de remédier à ces maladresses de plume². Toutefois, quels que soient les pouvoirs reconnus au constituant quant à la terminaison de la période de couverture, il semble encore que ce remède soit insuffisant face aux dangers de la garantie de dettes futures. On pourrait alors songer à limiter le nombre de personnes ayant la possibilité de recourir à une sûreté réelle *omnibus* à assiette flottante.

321. La différenciation de la protection suivant la qualité du constituant. La protection du constituant par l'obligation de rédiger un écrit *ad validitatem* et par l'octroi d'un droit de résiliation permettant de limiter l'ampleur de la garantie est effectivement insuffisante. En effet, est-on réellement certain que le constituant réfléchit en écrivant³ ? N'est-ce pas plutôt un moyen de protéger le créancier⁴ ? De même, la résiliation de la sûreté est un garde-fou utile, mais est-on bien certain que tous les constituants soient informés de l'existence d'une telle

¹ S'il est vrai que personne n'a intérêt à contracter *ad vitam aeternam*, pas même le constituant d'une hypothèque sur un immeuble unique, il faut tout de même relever que cette prérogative présente un intérêt supplémentaire lorsque sont grevés également des biens futurs. La résiliation permet alors non seulement de ne pas être tenu pour les dettes nées après cette date, mais également de faire entrer les biens futurs libres de toute charge dans le patrimoine du constituant. L'enjeu est considérable alors que l'assouplissement de la spécialité quant à l'assiette a fortement rapproché l'étendue du droit de poursuite du titulaire d'une sûreté réelle de celle qui est offerte par l'art. 2284 C. civ., v. *supra*, n° 303.

² Pour une proposition de consécration d'un droit commun des sûretés réelles, v. *infra*, n° 495 et s.

³ En ce sens et favorable à la suppression de tout formalisme dans le droit du cautionnement, G. Piette, « Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement », *D.* 2017. 1064.

⁴ A. Cerles et M. Séjean, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in I. Fadlallah (dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, Travaux de la conférence d'agrégation, Litec, 1982, n° 26, pp. 78-79 et n° 30, pp. 80-81 : « en matière de crédit à la consommation, le formalisme n'a pas pour objet la sécurité des tiers, mais celle des auteurs de l'acte ; il n'interdit pas seulement d'invoquer les exceptions puisées au fond du droit, il les empêche d'exister ». Un arrêt récent rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de cassation le 23 octobre 2019 (n° 18-13888) confirme cette théorie : « si les mentions manuscrites figurant dans l'engagement de la caution sont conformes à celles exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, aucune nullité de cet engagement ne peut être fondée sur la méconnaissance de ces textes au motif erroné qu'ils imposeraient, au-delà de leur lettre, de s'assurer du consentement éclairé de la caution ».

option¹ ? Même informés, ont-ils seulement la possibilité de l'exercer ?² Les moyens actuels étant imparfaits, il faut réfléchir à la possibilité de protéger plus efficacement le constituant par l'accroissement du rôle du juge³.

322. *A minima*, il pourrait être envisagé d'étendre à toutes les sûretés garantissant des dettes futures la possibilité ouverte au constituant d'une hypothèque légale ou d'une sûreté judiciaire de demander la réduction des inscriptions excessives⁴. Un gage *omnibus* à assiette flottante serait alors entièrement valable *inter partes* mais ne serait opposable aux tiers que dans la mesure où le juge estime que la sûreté est raisonnablement surdimensionnée. Si le créancier abuse de sa position, il serait tout à fait logique de pouvoir moduler l'efficacité de sa sûreté afin d'éviter le gaspillage du crédit du constituant⁵ et assurer une certaine consistance au droit de gage général de ses concurrents. L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose une solution similaire en matière de sûretés personnelles, faisant de la réductibilité du cautionnement la sanction du défaut de proportionnalité de l'engagement du garant personne physique⁶.

323. Il pourrait également être envisagé de faire dépendre la validité des sûretés réelles *omnibus* à assiette flottante de la qualité du constituant. La distinction du particulier et du professionnel posséderait ici une importance considérable⁷. La validité de principe de telles sûretés n'est pas une option acceptable. Si l'on peut admettre qu'une personne morale ou physique agissant pour les besoins de sa profession puisse mettre son crédit entre les mains d'un seul créancier, par le système de la banque universelle⁸, cela ne paraît pas souhaitable pour les particuliers. Alors qu'il y a quelques années, l'institution de l'hypothèque rechargeable avait

¹ En matière de cautionnement, les art. L. 313-22 CMF et L. 333-2 C. conso. imposent au créancier d'informer la caution qui a contracté un engagement à durée indéterminée de l'existence d'une faculté de révocation à tout moment. De telles obligations n'existent pas pour les sûretés réelles.

² V. S. Becqué-Ickowicz, « Les réformes de l'hypothèque », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 83. L'auteur achève ses développements sur le sujet en s'exclamant « adieu donc la résiliation unilatérale du débiteur ! ».

³ V., déjà, P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. précité.

⁴ Art. 2444 et 2445 C. civ. pour les hypothèques légales ; art. R. 532-9 CPCE pour les sûretés judiciaires.

⁵ En ce sens, P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 18, p. 301 ; Ph. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », art. précité.

⁶ Art. 2301 de l'avant-projet.

⁷ V., déjà, Ph. Théry, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et Patr.* avril 2001.

⁸ C. Dauchez, th. précitée, n° 5, p. 24.

pour but de permettre aux consommateurs de mettre en concurrence les différents établissements de crédit¹, la politique économique du législateur n'aurait plus aucun sens si l'on tolérait aujourd'hui que ces mêmes consommateurs subissent le monopole d'un seul créancier. A défaut d'une loi supplémentaire pour interdire aux particuliers de consentir des sûretés *omnibus*, le juge pourrait se saisir de la question et les annuler au nom de la méconnaissance des exigences de l'ordre public. En effet, en la matière, tout est question d'équilibre : il faut se demander au cas par cas si l'intérêt particulier des créanciers doit primer l'intérêt général du crédit². Vis-à-vis des constituants professionnels, informés des finesses de la vie des affaires, l'intérêt particulier doit s'imposer. Ceux-ci n'ont pas besoin d'une protection qui s'avère assez souvent une prime à la mauvaise foi³. En revanche, l'octroi de moyens de défense contre la voracité des créanciers est une nécessité pour les particuliers. Il suffirait au juge, même si cela ne lui était pas demandé, de relever d'office qu'une sûreté *omnibus* consentie par une telle personne est nulle de nullité absolue comme contraire à l'ordre public, l'intérêt général du crédit devant conduire l'intérêt personnel des créanciers à céder⁴. Il n'y a là aucun risque pour l'attractivité du droit français des sûretés réelles : la plupart des législations étrangères à l'aune desquelles ses qualités sont examinées connaissent de telles limitations⁵.

¹ V. les motifs exposés dans le rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés adressé en 2005 au Garde des Sceaux, accessible à l'adresse <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230.pdf>. Il y est indiqué que la création de l'hypothèque rechargeable a pour but « d'éviter que l'emprunteur ne fût « prisonnier » de son banquier et de ne pas entraver le jeu de la libre concurrence entre les banques » (p. 19).

² M. Vasseur, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, préf. J. Hamel, Rousseau, 1949, n° 116, pp. 337-338 ; Adde, de manière plus générale, L. Julliot de la Morandière, « L'ordre public en droit privé interne », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, spé. p. 385 et s.

³ Il s'agit là d'une des raisons pour lesquelles la protection actuelle, fondée sur la distinction des personnes physiques et des personnes morales, est insatisfaisante. Une personne physique agissant pour les besoins de sa profession n'a pas les mêmes besoins qu'un particulier dans le cadre de sa vie courante. V., not., C. Dauchez, th. précitée, n° 243 et s., p. 244 et s. Adde déjà, alertant sur les risques du formalisme lorsque des personnes parfaitement conscientes de la portée de leur engagement invoquent un vice de forme, M.-A. Guerriero, th. précitée, p. 39.

⁴ En réalité, la question de l'opportunité d'une protection nouvelle ne se pose qu'en matière de sûretés réelles. La dangerosité du cautionnement de dettes futures étant reconnue depuis longtemps, l'exigence de proportionnalité sert déjà à priver d'utilité le cautionnement *omnibus* excessif, v. Ph. Dupichot, th. précitée, n° 121, pp. 119-120 ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, n° 211, p. 225.

⁵ Pour l'interdiction de principe de l'hypothèque d'une universalité en droit québécois, v. L. Payette, *op. cit.*, n° 596, p. 293 : « *Le Code civil pose ici en règle l'interdiction et en exception la permission : la création d'une hypothèque sur une universalité de biens, mobiliers ou immobiliers, présents ou à venir, est défendue, sauf aux personnes morales, à ceux qui exploitent une entreprise et aux personnes physiques désireuses de grever une universalité de valeurs mobilières ou titres intermédiés ou [...] de créances pécuniaires portant sur le solde créditeur d'un compte financier* ». La *floating charge* de droit anglais est quant à elle réservée aux sociétés, v. R. Goode, *op. cit.*, p. 676 et s. ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 324, p. 300. Une telle limitation n'existe toutefois pas en droit belge, v. la critique de J.-C. Ledoux, « L'hypothèque pour toutes sommes, une panacée ? », *RCJB* 2001, spé. p. 391 et p. 400. Par ailleurs, le droit allemand sanctionne le créancier qui prend des sûretés excessives en raison de la non-conformité d'un tel comportement aux bonnes mœurs, v. not. R. Dammann, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit* sept.-oct. 2005, p. 22.

324. Conclusion de la section 1. Au terme de l'étude de l'étendue de la garantie procurée par les sûretés personnelles et réelles, force est de constater que la distinction initialement annoncée comme étant irréductible paraît moins impressionnante.

S'il ne faut pas minimiser les différences techniques, il faut leur restituer leur juste place. L'affectation des biens qui constituent l'assiette des sûretés réelles crée effectivement un fossé avec les sûretés personnelles dans la mesure où elle consiste en une rupture d'égalité entre les créanciers du constituant, là où l'autre type de sûreté se « contente » d'attribuer un droit de poursuite chirographaire, c'est-à-dire parfaitement égalitaire, à son bénéficiaire. En revanche, le nombre de parties à l'opération n'est pas déterminant dans la qualification de la sûreté. La sûreté réelle peut être consentie par un tiers, tout comme la sûreté personnelle, depuis la création de l'EIRL, devrait pouvoir être consentie pour soi-même. Ce deuxième cas permet de mettre en lumière l'autre différence technique existant entre sûretés réelles et personnelles : ces dernières doivent nécessairement conférer au créancier un droit sur une masse de biens étrangère à l'assiette initiale de son droit de créance. La sûreté personnelle confère donc un droit de poursuite chirographaire sur une masse de biens qui se trouve en dehors du droit de gage général de son bénéficiaire, alors que la sûreté réelle crée une rupture d'égalité autorisant son bénéficiaire à écarter les prétentions des autres créanciers sur son assiette, qu'elle soit initialement comprise dans son droit de gage général ou non.

Une convergence s'opère toutefois en matière de garantie de dettes futures. Par l'assouplissement du principe de spécialité réalisé en 2006, le législateur a fortement rapproché l'étendue des sûretés réelles et personnelles. Il est désormais possible d'affecter une grande partie de son patrimoine à la garantie d'un ensemble de dettes futures par un seul acte constitutif, ce qui laisse entrevoir la possibilité de constituer une sûreté réelle d'une ampleur telle qu'elle s'approcherait d'un cautionnement *omnibus*. De telles sûretés étant dangereuses pour le constituant en raison du risque d'endettement ou d'asservissement économique, il est logique que des techniques de protection similaires aient été développées dans les deux cas. De manière prophylactique, le législateur essaie de faire prendre conscience au constituant de la lourdeur de son engagement en le forçant à rédiger un écrit. Par la suite, au cours de la vie de la sûreté, le droit de résilier unilatéralement la sûreté à durée indéterminée lui est octroyé afin de lui donner la possibilité de limiter l'ampleur de la garantie, ce qui est particulièrement important lorsque des biens futurs sont grevés. Enfin, ces protections étant globalement illusoire, il

devient nécessaire de mettre en place des mécanismes de protection différenciés selon la qualité du constituant : au professionnel la liberté, au particulier le dirigisme et donc l'interdiction de constituer une sûreté réelle *omnibus*.

Cependant, au-delà de la technique employée et de l'étendue de la garantie procurée, le rapprochement des deux types de sûretés incite à réfléchir en termes de structure. Si les différences techniques ne sont pas si importantes qu'on le dit habituellement et si la garantie de dettes futures pose les mêmes problèmes quelle que soit la sûreté envisagée, ne serait-il pas possible d'organiser l'ensemble des sûretés autour d'un concept unitaire ? Il pourrait s'agir de l'obligation de garantie pesant sur le constituant de toute sûreté : celui qui consent une sûreté personnelle s'engage à garantir personnellement la dette d'autrui, tandis que le débiteur qui constitue une sûreté réelle s'engage à garantir réellement sa propre dette.

Section 2 : Le rapprochement par l'obligation du constituant

325. Plan. Il pourrait paraître étonnant de proposer d'organiser le droit des sûretés autour de l'obligation du constituant alors que la doctrine n'a de cesse d'affirmer, ces derniers temps, que les constituants d'une sûreté personnelle¹ et d'une sûreté réelle pour soi-même² ou pour autrui³ ne sont tenus à rien⁴. Pourtant, cette affirmation a quelque chose de dérangent. Ces

¹ V., estimant que la caution ne supporte aucune obligation qui lui soit propre, J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation – Contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 539, 2012, n° 161, pp. 238-243.

² Pour une critique de la notion d'obligation réelle dans le droit des sûretés réelles, v. C. Gijssbers, th. précitée, n° 153, p. 148 et s.

³ L. Aynès, n. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *D.* 2006. 733, spé. n° 7 : « la constitution d'une sûreté réelle crée un jus ad rem, un droit réel accessoire sur le bien du constituant, qui se traduit, pour celui-ci, par une charge. Une charge n'est pas une obligation. Dans la mesure où elle ne pèse sur le constituant qu'en raison de sa qualité de propriétaire du bien grevé, il s'en débarrasse en aliénant ou en délaissant la chose. Obligation réelle, diront certains ? Non point, car l'obligation réelle oblige à faire ou ne pas faire. Or, le créancier garanti ne peut exiger du constituant aucun acte et aucune abstention, si ce n'est celle qu'implique la conservation de la sûreté. En revanche, la charge crée un droit au profit du grevé : celui de payer la dette s'il veut libérer la chose, et celui de la délaisser, s'il ne veut figurer comme saisi, dans la procédure de réalisation forcée [...] Ainsi la notion de charge volontairement acceptée, qui est l'envers de tout droit réel sur bien d'autrui, correspond-elle, mieux que celle d'obligation réelle, à la situation créée par le « cautionnement réel » » ; J.-D. Pellier, « La poursuite de la construction d'un régime des sûretés pour autrui », *D.* 2014. 1054, spé. n° 5 : « les constituants d'une sûreté réelle pour autrui ne paient pas, à proprement parler, la dette du débiteur en cas de réalisation de la sûreté ; ils subissent simplement, comme dit, l'exercice d'une voie d'exécution sur l'un de leurs biens ».

⁴ Pour une opposition stricte entre sûreté réelle et sûreté personnelle du point de vue de l'obligation, v. P. Berlioz, n. sous Civ. 1^e, 20 février 2007, *LPA* 31 mai 2007, p. 18 et s. : « il existe ainsi en réalité une véritable différence de nature entre la sûreté personnelle et la sûreté réelle. La première consiste en une obligation pesant sur celui qui la consent. L'obligation, versant passif du droit personnel, impose à une personne d'adopter un certain comportement, et l'engage, c'est-à-dire que son patrimoine répond de l'inexécution de son engagement. Ainsi, la sûreté personnelle oblige une personne à effectuer une certaine prestation : verser

personnes se sont tout de même engagées envers le créancier à couvrir le risque de défaillance du débiteur et, de plus, les biens d'une « caution réelle » peuvent être saisis alors qu'elle n'est pas personnellement obligée envers le créancier¹. Cette présentation est donc profondément insatisfaisante.

En revanche, il nous semble possible de présenter le droit des sûretés de manière plus cohérente en se référant à la distinction classique de Mouly entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. L'utilité de cette distinction pour les sûretés réelles est déjà apparue à l'occasion de l'étude de la résiliation des sûretés à durée indéterminée². En adaptant cette théorie – c'est-à-dire en dévoilant l'existence de l'obligation réelle de garantir³ sa propre dette⁴, s'exécutant par une prestation de couverture, voire une prestation de règlement – on peut parvenir à expliquer l'évolution dans le temps de la garantie procurée par le constituant au créancier. Que le constituant consente au créancier un cautionnement ou une sûreté réelle, durant la période qui s'étend de la naissance de la sûreté jusqu'à l'échéance de la créance garantie, il est tenu de faire perdurer son sentiment de sécurité. Cette exigence est plus contraignante dans le cadre des sûretés réelles⁵. Par la suite, lorsqu'une dette rentrant dans le périmètre de la garantie vient à naître, une prestation de règlement propre au constituant, accessoire à la dette principale et « moulée »⁶ en principe sur ses caractéristiques, naît également. Si le débiteur acquitte spontanément sa dette, le rôle du constituant se sera limité à la fourniture et au maintien d'une garantie qui n'aura jamais à être mise en œuvre. En revanche, en l'absence de paiement à l'échéance, la prestation de règlement devient exigible par la combinaison de l'exigibilité de la dette principale et de la défaillance du débiteur. Pour autant, même si la sûreté permet au créancier d'être titulaire de deux droits de poursuite, qu'il ait face

une somme d'argent. Le fait éventuel que seul un bien déterminé puisse être saisi en cas de défaut de paiement plutôt qu'un élément quelconque du patrimoine ne change rien à la qualification. En toute hypothèse, c'est une personne qui doit. La sûreté réelle, au contraire, constitue une charge pour le propriétaire du bien grevé. À la différence de l'obligation, qui affecte la liberté personnelle de son débiteur, la charge, aspect passif du droit réel, consiste en une restriction de la liberté réelle du propriétaire. Elle l'astreint à faire certains actes de propriété, le plus souvent négatifs - ne pas faire un certain usage de la chose -, mais aussi parfois positifs - en faire une utilisation déterminée. Ainsi, la sûreté réelle force le propriétaire à céder son bien pour désintéresser le créancier ». Adde N. Bargue, th. précitée, n° 160, p. 164, ainsi que n. 717, p. 180, favorable à l'analyse de la sûreté réelle comme « charge ».

¹ Pour une tentative de reconstruction du cautionnement réel autour de la notion d'obligation réelle, v. *infra*, n° 401 et s.

² V. *supra*, n° 318 et s.

³ Sur l'obligation de garantir se divisant en deux « éléments » (on préférera le terme de « prestation », qui a davantage de consistance juridique), v. N. Kanayama, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » - Donner, faire, ne pas faire... et garantir ? », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 375 et s.

⁴ Obligation qu'on a pu qualifier d'« inverse de l'Arlésienne », dont « on ne parle guère alors qu'on la voit souvent », v. Ph. Théry, obs. sous Civ. 2°, 25 mars 2010, *Deffrénois* 2011, n° 15, p. 1289.

⁵ V. *infra*, n° 341 et s.

⁶ A propos du cautionnement, v. Ph. Dupichot, th. précitée, n° 270 et s., p. 224 et s. ; D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001, n° 102 et s., p. 113 et s.

à lui deux débiteurs, comme c'est le cas dans les sûretés personnelles, ou un débiteur tenu à deux titres différents, comme c'est le cas dans les sûretés réelles pour soi-même, le principe de l'accessoire impose qu'il ne puisse obtenir qu'un seul paiement¹.

Ainsi, de la constitution de la sûreté jusqu'à l'exigibilité d'une créance garantie, le constituant est tenu d'une prestation de couverture (§1). Par la suite, lorsqu'une dette rentre dans le périmètre de la garantie, qu'elle devient exigible et que le débiteur principal est défaillant, une prestation de règlement devient exigible² (§2).

§1) L'obligation réelle de garantie avant l'exigibilité de la créance

326. Plan. La finalité commune des sûretés produit nécessairement un impact sur leur structure. Celui qui consent à donner un tel droit à un créancier s'engage à couvrir le risque de non-paiement du débiteur principal. Jusqu'à ce que sa dette soit exigible, le constituant est donc uniquement tenu d'une obligation de couverture, qui seule est essentielle pour la qualification d'une sûreté. L'obligation de payer en cas de défaillance du débiteur, elle, n'est que secondaire³. S'agissant d'une obligation réelle⁴, elle a nécessairement un périmètre plus restreint que l'obligation personnelle de couverture. En contrepartie, la confiance dans la solvabilité du débiteur passe par l'octroi de prérogatives plus énergiques au créancier réel. Il va donc être nécessaire de démontrer que la notion d'obligation réelle est compatible avec les sûretés réelles (A), avant d'exposer les manifestations de l'emprise du créancier sur le patrimoine du constituant d'une sûreté réelle (B).

¹ V. *infra*, n° 360 et s.

² Lorsque la sûreté réelle garantit une seule dette, les deux prestations se succèdent. En revanche, lorsque la sûreté garantit un ensemble de dettes, les deux prestations coexistent, l'exigibilité de l'une d'entre elles n'ayant aucun effet sur la prestation de couverture, qui continue à déployer ses effets jusqu'à la survenance du terme ou sa résiliation unilatérale.

³ J.-J. Ansault, th. précitée, n° 247, p. 219 : « la théorie qui reconnaît l'existence d'une obligation de couverture dans le cautionnement de dettes présentes est issue d'une analyse a contrario de l'obligation de règlement, laquelle en montrant que cette obligation est à l'évidence insuffisante à elle seule pour structurer le cautionnement de droit commun, fait ressortir la nécessité de lui adjoindre autre chose qui selon nous sera précisément « l'obligation de garantir » » ; Ph. Théry, *op. cit.*, n° 89, p. 138, à propos de la situation dans laquelle le débiteur principal paye son dû au créancier : « En se retirant de la sorte, l'obligation principale n'aura pas tout emporté : il subsistera le fait que le créancier aura puisé dans le contrat accessoire la garantie qu'il réclamait ». V. également, à l'étranger, M. Grégoire, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, préf. A.-M. Stranart, avant-propos P. Van Ommeslaghe, Bruylant, coll. de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1992, n° 213, p. 134.

⁴ V., favorable à l'existence d'une obligation réelle de couverture mais ne l'entendant pas dans le même sens que nous, V. Maze aud, th. précitée, n° 278 et s., p. 413 et s.

A) *Obligation réelle et sûreté réelle*

327. L'*obligatio rei* du droit romain. Il n'est pas iconoclaste de proposer d'analyser les sûretés réelles au prisme de la notion d'obligation réelle, dans la mesure où il s'agit, en quelque sorte, d'un retour aux sources. Dans l'ancien droit romain, à défaut de droit de gage général – et même de procédures civiles d'exécution sur les biens du débiteur –, le droit du créancier d'exiger la prestation attendue de son cocontractant était renforcé par un droit sur sa personne, la personne d'un tiers ou sur un bien¹. Étaient alors mises sur le même plan l'*obligatio personae* et l'*obligatio rei*, liens matériels consistant en l'assujettissement d'une personne ou d'une chose à la garantie de la dette du débiteur². Par la suite, *obligatio rei* et *obligatio personae* se sont séparées, la première devenant un rapport autonome, distinct de l'obligation à proprement parler – constituée par la fusion du *debitum* et de l'*obligatio personae* –, ce qui aboutissait à classer l'hypothèque dans cette catégorie³, comprenant l'ensemble des sûretés réelles⁴ mais également d'autres obligations dont une personne pouvait être tenue en raison de son droit de propriété sur une « chose » telle qu'un esclave ou un animal. Indifféremment de la nature de la *res*

¹ A. Biscardi, « *Obligatio personae* et *obligatio rei* dans l'histoire du droit romain », *RHDFE*, 70(2), avril-juin 1992, p. 188 ; G. Cornil, *Ancien droit romain – Le problème des origines*, Bruxelles, Librairie des sciences juridiques, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1930, p. 73.

² A. Biscardi, « *Obligatio personae* et *obligatio rei* dans l'histoire du droit romain », art. précité, p. 190 : « Si la garantie du *debitum* est confiée à une chose, qui est posée à la merci du créancier, la fonction d'assurance exercée dans ce cas par la chose dont il s'agit (*res obligata*) est tout à fait identique à celle de la personne, dont l'*obligatio* produit le lien matériel de la personne elle-même à un autre sujet, qui est titulaire de la créance » ; G. Cornil, « *Debitum* et *Obligatio* – Recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine », in *Mélanges P. F. Girard – Etudes de droit romain dédiées à M. P. F. Girard*, T. I, Librairie Arthur Rousseau, 1912, pp. 219-220 : « à défaut d'otage, il arriva de bonne heure que le délinquant put également se délier de son assujettissement personnel, en abandonnant à la victime quelques menus objets comme gage d'exécution de la promesse de composition. Les choses engagées étaient originaires les menus objets qu'il était à même de remettre sur-le-champ, parce qu'il les portait sur lui : c'était par exemple un gant, un anneau, une arme, une pièce de monnaie. Ici, c'est l'obligation contractuelle d'une chose, qui succède à l'obligation de la personne du délinquant [...] les menus objets, que nous portons habituellement sur nous, touchent de près à notre corps même, et cette contiguïté engendre un rapport de sympathie magique entre ces objets et leur maître ; de sorte que toute atteinte à ces objets blesse également, par sympathie magique, leur maître personnellement [...] quoi qu'il en soit de ces diverses explications, une chose en ressort clairement, c'est que l'*obligatio rei* primitive a la plus grande affinité avec l'*obligatio personae* ».

³ A. Esmein, *Etude sur les contrats dans le très-ancien droit français*, Paris, Larose, 1883, p. 151 ; Comp. P. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, Larose, 1879, pp. 265-266 : « celui qui a une créance garantie par une hypothèque a deux droits parfaitement distincts : distincts par leur nature, l'un est un droit personnel, l'autre un droit réel ; distincts par leur origine : l'un est né d'un contrat, l'autre d'un pacte ; distincts par les actions qui les protègent : l'un est garanti par une action personnelle, l'autre par l'action hypothécaire ».

⁴ A. Biscardi, « *Obligatio personae* et *obligatio rei* dans l'histoire du droit romain », art. précité, p. 192 et s., citant la fiducie, le gage, les *invecta* et *illata* du fermier, les *inducta importata ibi nata factave* du locataire, l'hypothèque et l'*emptio venditio in causam obligationis* ; G. Cornil, « *Debitum* et *Obligatio* – Recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine », art. précité, p. 220 : « quand l'idée de l'*obligatio personae*, c'est-à-dire de l'assujettissement d'une personne au pouvoir du créancier, vint se souder à l'idée de la dette ou du devoir incombant au débiteur, le résultat de ce fusionnement fut de différencier l'*obligatio rei* de l'*obligatio personae*, aussi nettement qu'elle l'avait toujours été de la dette même : désormais, l'engagement d'une chose au pouvoir du créancier, ou nantissement, apparaît comme un rapport juridique distinct, tant de l'*obligatio personae* que du *debitum*, confondus dans la notion du droit d'obligation. Le nantissement (avec ou sans dessaisissement immédiat) devient dès lors un droit réel autonome, en face du droit d'obligation ».

considérée, il s'agissait toujours « *d'appuyer ou fortifier la prétention du créancier en assurant mieux la satisfaction que celui-ci attend* »¹. Bien entendu, le simple fait que la sûreté réelle prenne les traits d'une obligation réelle dans l'ancien droit romain ne permet pas de présumer que cette qualification soit justifiée aujourd'hui, étant entendu que la sûreté servait à l'époque à faire vendre le bien du débiteur, prérogative qui appartient aujourd'hui à tout créancier au titre de son droit de gage général². Il est toutefois bon de disposer d'arguments historiques dans un débat aussi disputé que le nôtre.

328. Le parallèle entre *obligatio personae* et *obligatio rei* a été rompu par la loi *Poetelia Papiria de nexis*, qui a mis fin au *nexus*³, le fait pour le débiteur de donner volontairement son corps en garantie à son créancier. Par la suite, avec la création de la procédure de *venditio bonorum*, l'obligation personnelle s'est rapprochée de ce que l'on connaît aujourd'hui, un lien « idéal » entre créancier et débiteur, alors que l'obligation réelle est demeurée un lien « matériel », peu à peu tombé dans l'oubli⁴.

329. La théorie classique des obligations propter rem. L'intérêt des auteurs pour l'obligation réelle – ou *propter rem* – s'est ravivé de la fin du XIX^e au début du XX^e siècle. De nombreuses thèses ont été consacrées à cette notion dans l'espoir de percer le mystère que constitue le fait d'être tenu d'une obligation positive du simple fait de la titularité du droit de

¹ G. Cornil, *op. et loc. cit.*

² Sur ce point, v. *infra*, n° 610 et s.

³ Datant de l'an 326 av. J.-C., il s'agit là d'un des premiers exemples de fait divers ayant ému l'opinion publique au point de forcer les gouvernants à promulguer une loi. L'incident, qui concernait le fils d'un consul donné au créancier de son père en raison de sa faillite, est narré par A. Biscardi, « *Obligatio personae et obligatio rei dans l'histoire du droit romain* », art. précité, pp. 190-191 : le créancier « *aurait voulu attenter à la pudeur du débiteur nexus [...] et, face à l'indignation et à la résistance du malheureux, non seulement il l'aurait menacé pour le fléchir à sa turpitude, mais l'aurait dénudé et brutalement frappé. La victime, le dos déchiré et sanglant, se serait précipité au dehors dans la foule, montrant ses blessures et dénonçant la cruauté et la lascivité de son créancier. Cela aurait suscité la pitié et l'indignation des assistants, et la foule l'aurait accompagné tumultueusement à la curie, en en appelant aux consuls et aux sénateurs et en implorant leur intervention, afin de réagir à l'intolérable outrage* ».

⁴ Rapp. G. Cornil, « *Debitum et Obligatio – Recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine* », art. précité, p. 202 : « *l'obligatio rei, ou engagement d'une chose au pouvoir du créancier, accomplit une évolution analogue à celle de l'obligatio personae : la chose engagée ayant été au début placée sous la maîtrise illimitée du créancier, apparaît bientôt comme affectée seulement à un pouvoir éventuel du créancier, lequel se dégrade finalement en un simple pouvoir d'aliéner la chose engagée, pour s'en approprier le prix à concurrence du montant de la dette* ». Il n'est toutefois pas inintéressant de noter que, dans l'Ancien Droit, la clause par laquelle le débiteur autorisait son créancier à saisir ses immeubles en cas d'inexécution était parfois appelée *obligatio rei* (G. Baudry-Lacantinerie et P. De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil – Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, T. 2, L. Larose et Tenin, Paris, 1906, p. XVIII), avant de devenir une clause de style donnant naissance à l'hypothèque générale (v. M. Cabrillac, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Librairie du recueil Sirey, 1954, n° 32, p. 64).

propriété ou d'un droit réel principal¹. Du point de vue théorique, il semblait impossible qu'un tel mélange entre le droit personnel et le droit réel puisse être valable. De plus, l'interprétation extensive de l'article 686 du Code civil² et l'adage *servitus in faciendo non potest* semblaient s'opposer à l'existence de telles obligations. Pour autant, il est indéniable que l'usufruitier³, le nu-proprétaire⁴, le titulaire d'une servitude ou celui qui la subit⁵ et d'autres titulaires de droits réels⁶ encore sont tenus d'exécuter certaines prestations du simple fait de la titularité de leur droit.

330. La nature d'une telle institution semble floue. Pour certains, il s'agit d'un hybride entre le droit personnel et le droit réel⁷, sans que l'on sache véritablement ce que l'auteur entendait par là. A la suite de la doctrine majoritaire, il nous semble qu'il faut se résoudre à n'y voir rien de plus qu'une obligation personnelle qui connaît un régime spécifique du fait de son origine réelle⁸. Elle permet en effet à un créancier d'exiger l'exécution d'une prestation, sur l'intégralité de son patrimoine, de la part de celui qui est tenu de l'obligation. Sa fonction et son régime sont en revanche mieux définis. Elle sert à régler le conflit qui peut naître à l'occasion de l'exercice de droits réels concurrents⁹. C'est son régime qui a donné lieu aux développements les plus considérables¹⁰ : elle se distingue de l'obligation personnelle classique par le mode de désignation de son débiteur – le débiteur réel est le titulaire du droit réel, ce qui implique que

¹ H. Aberkane, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels – Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. M. Fréjaville, LGDJ, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université d'Alger, T. 26, 1957 ; M. De Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, th. Bordeaux, Fredou et Manville, 1937 ; L. Michon, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, th. Nancy, Imprimerie A. Nicolle, 1891. *Adde*, bien plus récent, J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002.

² « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public » (c'est nous qui soulignons).

³ Art. 605, al. 1 C. civ.

⁴ Art. 605, al. 2 C. civ.

⁵ Art. 698 et 699 C. civ.

⁶ V. not., pour les obligations résultant de la mitoyenneté, art. 655 et 667 C. civ. ; V. également l'article L. 132-3 du Code de l'environnement qui permet la création d'obligations réelles environnementales, introduit par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

⁷ M. De Juglart, th. précitée, p. 284 : « l'obligation réelle est un rapport de droit réel et personnel à la fois : réel, car il a pour but l'appropriation des richesses ; personnel, car il ne se réalise que par l'utilisation positive (prestation) ou négative (abstention) d'un service, sous réserve du droit d'abandon ou déguerpissement ».

⁸ H. Aberkane, th. précitée, n° 103 bis, p. 134 : « une notion intermédiaire est inconcevable, parce qu'il n'est aucun intermédiaire entre les choses et les personnes. [...] L'obligation réelle a la nature d'un droit de créance, puisqu'elle s'applique à une personne et qu'elle l'astreint à diverses prestations » ; L. Michon, th. précitée, n° 161, p. 161 ; J. Scapel, th. précitée, n° 73 et s., p. 84 et s. *Adde*, plus récemment, F. Rouvière, « Servitudes – Obligations réelles », *J.-Cl. Civil Code*, art. 637 à 639, fasc. unique, avril 2013, spé. n° 63. Comp., C. Larroumet, « Obligation réelle et obligation personnelle », *RDA* n° 7, fév. 2013, n° 5, p. 91.

⁹ H. Aberkane, th. précitée, n° 23, p. 19 ; J. Scapel, th. précitée, n° 3, p. 18.

¹⁰ V., not. L. Michon, th. précitée, n° 161 et s., p. 161 et s., qui consacre sa dernière partie à l'abandon.

la transmission de la chose conduit à la transmission de l'obligation – et par un mode spécifique d'extinction, l'abandon, qui consiste en une renonciation au droit réel de la part du débiteur afin que le créancier réel acquière ce droit et que la confusion éteigne l'obligation *propter rem* pour l'avenir¹.

331. De manière générale, les sûretés réelles sont écartées du champ de l'obligation *propter rem*. Il est fréquemment avancé que le constituant de la sûreté réelle n'est pas obligé à cause de la chose, ce qui suffit à l'exclure de la catégorie des obligés réels². Les auteurs sont toutefois plus circonspects sur la question du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Cette situation particulière a donné à certains l'idée de parler d'obligation *scripta in rem* pour décrire l'hypothèse dans laquelle le débiteur reste tenu personnellement alors que le tiers acquéreur est tenu réellement³. Nous ne reprendrons pas cette terminologie en raison de son manque de clarté : il semblerait en effet qu'elle ait été utilisée pour décrire des situations très diverses⁴.

332. La théorie moderne de l'obligation réelle. Les théories « classiques » de l'obligation *propter rem* se focalisant sur le conflit entre droits réels, elles ne sont pas d'une grande aide dans notre étude⁵. En revanche, la théorie « moderne » dont Ginossar est le porte-étendard⁶ éclaire davantage la nature des sûretés réelles. Désireux de rationaliser la présentation théorique des droits patrimoniaux, l'auteur s'est proposé de répondre à plusieurs questions, notamment « *comment se fait-il que dans le droit réel sur la chose d'autrui, le propriétaire de la chose grevée d'un tel droit soit tenu, outre l'obligation passive universelle, d'une obligation*

¹ Il faut en effet noter que la transmission du bien et son abandon n'éteignent pas définitivement l'obligation *propter rem*. V., par ex., L. Michon, th. précitée, n° 244, p. 246. Le débiteur d'origine reste tenu des obligations nées antérieurement.

² J. Scapel, th. précitée, n° 57, p. 75.

³ H. Aberkane, th. précitée, n° 187, p. 255 ; L. Michon, n° 162-163, pp. 162-164.

⁴ C. Gijsbers, th. précitée, n. 5, pp. 150-151 : « *l'emploi des mots « scripta in rem » semble hasardeux sur le plan historique. Il semble en effet que cette notion n'ait jamais été employée pour rendre compte des sûretés réelles. Ainsi, en droit romain, les termes « scripta in rem » ne sont guère usités, sinon pour décrire l'action quod metus causa, action créée par le prêteur afin de punir celui qui, par usage de violence, contraint une personne à lui vendre un bien. Quoique rangée dans les actions personnelles, cette action permet aussi d'agir contre tout individu qui aurait profité de la violence commise [par la suite, les glossateurs utiliseront cette expression] « pour rendre compte des actions mixtes, i. e. celles qui sont personnelles par leur source et réelles par leurs effets » » ; V. Mazeaud, th. précitée, n. 1917, pp. 419-420.*

⁵ Comp. toutefois, proposant une étude de la réserve de propriété sous le prisme de l'obligation *propter rem*, A. Mairot, « La réserve de propriété analysée en une obligation réelle », *Deffrénois* 30 mars 2007, p. 399 et s.

⁶ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960 et « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962. 573. En complément, rapp. J. Hansenne, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 325 et s., ainsi que J. Henriot, « De l'obligation comme chose », in *Les biens et les choses en droit*, *APD*, T. 24, 1979, spé. p. 239 et s.

plus stricte, comportant même parfois une prestation active ? »¹. A son sens, la réponse se trouve dans une transposition du schéma classique du droit personnel au droit réel : l'obligation réelle répond au droit réel de la même manière que l'obligation personnelle répond au droit personnel². Il n'est alors plus question de parler d'« intermédiaire » entre le droit réel et le droit personnel ou d'obligation personnelle différant sur quelques points du régime juridique habituel, mais d'une obligation authentiquement réelle. Cette obligation serait la plupart du temps passive, exceptionnellement positive³. Selon Ginossar, une telle conception fonctionne aussi bien en matière de droits réels principaux que de sûretés réelles, dans la mesure où la situation du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué occupe une place de choix dans sa démonstration⁴. Un temps reprise par l'ouvrage de MM. Zenati et Revet, cette nouvelle théorie n'a pas fait florès, et ce notamment en droit des sûretés.

333. M. Gijssbers a ainsi formulé deux reproches majeurs à l'endroit de la théorie de Ginossar. Seule la première objection nous retiendra pour le moment, la situation du tiers acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté étant examinée par la suite⁵. Dans les rapports entre le constituant et le créancier, la critique porte sur le fait que l'obligation réelle de payer pesant sur le constituant d'une sûreté réelle serait inutile et inexistante. Inutile, parce que le débiteur est déjà tenu de payer au titre de son obligation personnelle. Inexistante, parce que, jusqu'à la transmission du bien à un tiers acquéreur, l'aspect réel de l'obligation « *personnelle et réelle à la fois* »⁶ du constituant ne serait qu'un « *fantôme* »⁷. L'argument est tout à fait convaincant : si la notion d'obligation réelle n'ajoute rien à l'analyse de la situation du constituant d'une

¹ S. Ginossar, *op. cit.*, n° 7, pp. 17-18.

² S. Ginossar, *op. cit.*, n° 36, pp. 93-94: « *tout comme le droit personnel est celui qui correspond à une obligation personnelle, il faut entendre par droit réel le droit qui correspond à une obligation réelle* » et n° 38, p. 100 : l'obligation réelle « *est le droit réel, vu du côté passif* ».

³ F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, PUF, 2^e éd., 1997, n° 198, p. 238.

⁴ S. Ginossar, *op. cit.*, n° 4, pp. 9-10, n° 35-36, pp. 91-93, n° 59, pp. 155-156 et n° 63, pp. 164-166.

⁵ V. *infra*, n° 364 et s.

⁶ S. Ginossar, *op. cit.*, n° 63, p. 166.

⁷ C. Gijssbers, th. précitée, n° 153, p. 150. V. également P. Berlioz, n. sous Civ. 1^e, 20 février 2007 précitée : « *Soit un emprunteur qui a accordé à son prêteur une hypothèque sur un immeuble lui appartenant. Si l'on devait analyser la constitution de cette sûreté comme la création d'une obligation réelle de payer, il faudrait alors considérer que ce débiteur est obligé deux fois à payer une somme identique : d'une part, en vertu de son obligation personnelle, le prêt, d'autre part, en raison de son obligation réelle, l'hypothèque. Cela n'aurait guère de sens. Quel serait l'intérêt pour le créancier que son débiteur s'engage une seconde fois à lui payer la même somme ? Le caractère artificiel de la construction est évident. L'objet du droit de sûreté réelle, dont la nature ne change pas selon que le propriétaire du bien grevé est débiteur de la dette garantie ou tiers à celle-ci, n'est pas d'obliger ce dernier à payer, mais de créer un droit de préférence sur le bien* ». Il convient toutefois de remarquer que la démonstration de cet auteur repose initialement sur le fait que la caution réelle n'est pas obligée au paiement, mais dispose seulement d'une faculté de payer, ce qui nous semble éminemment contestable, v. *infra*, n° 402 et s.

sûreté réelle, à quoi bon s'embarrasser d'un concept qui n'appartient pas à nos habitudes de pensée ? Et pourtant, si l'on y réfléchit bien, la critique ne porte que vis-à-vis de la théorie de Ginossar et ne devrait pas conduire à rejeter de manière systématique le recours à l'obligation réelle.

334. L'analyse de la sûreté réelle comme obligation réelle. En effet, il est certain que la théorie « moderne » de l'obligation réelle ne fonctionne bien qu'en ce qui concerne les droits réels principaux. Elle permet d'expliquer que le titulaire d'un droit réel soit tenu d'une obligation en cette seule qualité. Cependant, la sûreté réelle n'est pas un droit réel, car elle ne permet pas d'accéder aux utilités du bien grevé. Il est donc logique qu'une théorie visant à expliquer comment une personne peut exiger d'une autre qu'elle lui donne accès à ses richesses ne puisse s'appliquer aux sûretés réelles. En revanche, en prenant en considération la distance qui sépare le droit réel principal de la sûreté réelle, il paraît possible d'établir une distinction entre les obligations réelles principales – dites *propter rem* – et l'obligation réelle de garantie, propre aux sûretés réelles¹.

335. Dans ce deuxième cas, le débiteur réel est avant tout tenu de couvrir le risque de non-paiement de sa créance, ce qui implique une division du régime de cette obligation dans le temps : jusqu'à l'exigibilité de sa créance, le constituant n'est tenu que d'une prestation de couverture, assurant le créancier de l'efficacité de son droit de gage spécial² ; à compter de l'exigibilité de la créance, le constituant est tenu d'une prestation de règlement, à titre de

¹ Distinction dont on peut apercevoir les germes dans certains travaux classiques sur l'obligation *propter rem*, v. not. L. Michon, th. précitée, n° 161, p. 161. V. également R.-T. Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, T. I, Charles Hingray, libraire-éditeur 5^e éd., 1854, n° 5, p. 7 : « Les créanciers ont [...] senti que leurs intérêts seraient à tous moments compromis, si mettant toute leur confiance dans ce gage incertain que leur offre la possession par leur débiteur de biens sujets à aliénation, ils ne prenaient les moyens de se constituer sur ces mêmes biens des droits inhérents à la chose et indépendants des vicissitudes et des mutations des personnes. On ne s'est donc pas contenté d'obligations pures et personnelles ; car elles ne sont pas toujours solides ; et on a trouvé plus de sûreté dans les obligations réelles ». Adde L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 500, 2008, n° 282, p. 180 : « une hypothèque [...] est constitutive d'un rapport d'obligation entre le titulaire du droit hypothécaire et le propriétaire du bien grevé », ainsi que Ph. Simler, « Eppur, si muove ! (Galilée). – Et pourtant, une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP G* 2006, I, 172, n° 4 à 10. Comp. toutefois F. Rouvière, « Servitudes – Obligations réelles », fasc. précité, n° 35, qui estime que les sûretés réelles ne peuvent prétendre à entrer dans la catégorie des obligations réelles, car « c'est le droit réel lui-même qui est accessoire : dès lors manque la condition de l'existence d'un droit réel principal ».

² La confusion avec le gage des art. 2333 et s. C. civ. est un risque dont il faut absolument éviter la réalisation. Il aurait ainsi été plus approprié de parler de « droit de poursuite spécial attaché à l'exercice de la sûreté réelle » mais, pour des raisons évidentes de simplicité, nous emploierons un diminutif. L'expression « droit de gage spécial » ou « spécialisé » a d'ailleurs comme autre avantage d'être assez régulièrement utilisée en doctrine, v. E. Becqué, n. sous Soc., 19 décembre 1941, *JCP*, 1942. II. 1809 ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 235, p. 223 et s. ; L. Michon, th. précitée, n° 105, p. 99 ; F. Pérochon, « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre », art. précité, n° 4 ; H. Synvet et A. Gaudemet, « EIRL et sûretés », art. précité, n° 32.

garantie, d'une obligation monétaire. Paraphrasant Ginossar, on peut alors affirmer que l'obligation réelle de garantie s'analyse comme la face passive du droit préférentiel ou exclusif conféré par la sûreté réelle. L'unité structurelle des sûretés apparaît alors : à l'obligation personnelle de garantir la dette d'autrui qui confère au créancier un droit sur tous les biens du garant dans la double limite du montant de sa créance et de la valeur de son patrimoine, répond l'obligation réelle de garantir sa propre dette qui confère au bénéficiaire un droit permettant d'échapper à l'égalité entre créanciers sur les biens affectés à la garantie de la créance dans la double limite du montant de sa créance et de leur valeur. Mais il faut encore démontrer que le constituant de la sûreté est bien tenu à « quelque chose » avant même l'exigibilité de la créance garantie.

B) Obligation réelle et prestation de couverture

336. Critique de l'« obligation » de couverture. Inventée par Mouly afin de donner un fondement au mécanisme d'extinction graduée du cautionnement de dettes futures, l'obligation de couverture consiste en une prestation de service exigible dès la conclusion du contrat de cautionnement, qui s'exécute de manière successive tout au long de sa durée et qui oblige la caution à « adopter un comportement faisant naître la confiance » chez le bénéficiaire¹. Elle s'oppose à l'obligation de règlement, qui est future et s'exécute instantanément. Cette distinction a été reçue en jurisprudence² et dans la doctrine, tant et si bien que son extension à tous les cautionnements a pu être préconisée, voire bien au-delà³. Il a toutefois été relevé que

¹ Sur tous ces points, v. C. Mouly, th. précitée, n° 255 et s., p. 326 et s.

² Com., 29 juin 1982 « *Ernault* », *Bull. civ.* IV, n° 258 (n° 80-14160) ; *GAJC*, T. 2, n° 292, p. 773 et s. V., estimant que cette décision mériterait d'être appelée « *arrêt Mouly* », Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 235. V. également la jurisprudence relative au cautionnement du solde d'un compte courant et l'appréciation portée par M. Cabrillac, « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 293 et s.

³ Ph. Théry, *op. cit.*, n° 89, pp. 137-139, laissant entendre que la distinction pouvait jouer un rôle en matière de sûretés réelles. Comp. N. Kanayama, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. précité, p. 394, qui refuse la reconnaissance d'une quelconque obligation de garantir à la charge de la caution réelle, du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué et, plus largement, de tout constituant d'une sûreté réelle. L'argument avancé par l'auteur, fondé sur la *summa divisio* des droits personnels et des droits réels, ne nous convainc pas. En effet, les sûretés réelles ne font pas partie des droits réels principaux. En revanche, les sûretés personnelles comme les sûretés réelles sont des droits de garantie. Ce qui les rapproche – la couverture du risque de défaillance du créancier – est plus fort que ce qui les sépare. La définition de l'obligation de garantir retenue par M. Kanayama s'applique d'ailleurs parfaitement aux sûretés réelles, puisqu'il s'agit de « l'obligation, normalement classée comme accessoire, qui naît de certains contrats à la charge d'une des parties et qui renforce la position de l'autre lorsqu'en cours d'exécution celle-ci n'obtient pas les satisfactions qu'elle était en droit d'attendre » (p. 392). On ne voit alors pas pourquoi

l'éclatement des deux obligations était excessif – ce que Mouly avait déjà laissé entendre¹ –, étant entendu que le règlement s'effectuait toujours à titre de garantie, ce qui a conduit d'autres auteurs, et notamment M. Kanayama, à militer pour la reconnaissance d'une obligation de garantir au domaine large² se divisant en une prestation de couverture et une prestation de règlement. C'est cette voie que nous voulons suivre. Ce tempérament n'entache absolument pas la grande force évocatrice et explicative de la théorie de Mouly.

337. En revanche, plus récemment, la notion d'obligation de couverture a été rudement critiquée. On lui a reproché de ne pas mériter le qualificatif d'« obligation », notamment en raison de l'absence de prestation à exécuter à la charge de la caution avant la défaillance du débiteur principal³, ainsi que de l'absence de sanction en cas d'adoption d'un comportement ne faisant pas naître la confiance du créancier⁴ – c'est-à-dire que la caution peut tout à fait dissiper une grande partie de son patrimoine sans que le créancier ne puisse s'en plaindre, eu égard à sa qualité de chirographaire. M. Ancel estime ainsi que la prétendue « obligation de couverture » se résume à une manifestation de la force obligatoire du contrat de cautionnement. Pour autant, cette querelle terminologique n'a pas pour but de réduire à néant la théorie de Mouly⁵ : il s'agit seulement de préciser la situation de la caution pendant la période de couverture, l'existence de cette période demeurant la meilleure explication de l'extinction pour l'avenir du cautionnement de dettes futures.

l'obligation de couverture devrait nécessairement être personnelle, à l'image de ce que préconise P. Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 314. Adde N. Bargeu, th. précitée, n° 176 et s., p. 180 et s., également opposé à l'idée d'obligation réelle de couverture.

¹ C. Mouly, th. précitée, n° 261, p. 337 : « *Les deux obligations s'emboîtent l'une dans l'autre, à la façon d'obligations gigognes. Elles sont donc étroitement unies au sein du contrat, l'obligation de règlement dépendant de l'obligation de couverture à maints égards* ».

² N. Kanayama, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. précité, p. 390 et s., proposant de reconnaître une obligation personnelle de garantir dans toutes les sûretés personnelles, les contrats d'assurance, ainsi que dans la garantie légale ou conventionnelle.

³ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999. 771, n° 41 : « *C'est une bien curieuse obligation dont on serait en peine de définir l'objet : qu'est-ce que « couvrir » les dettes du débiteur ? puisque ce n'est pas encore payer, est-ce faire quelque chose ? (Mais la caution n'est pas obligée d'accomplir, pendant toute la période d'attente, une quelconque prestation) est-ce ne pas faire quelque chose ? (Mais là encore on ne voit pas de quoi la caution devrait s'abstenir)* » ; V. Mazeaud, th. précitée, n° 105, p. 132 : « *une obligation qui prétendrait avoir pour objet la « sécurité », abstraitement considérée, et en dehors de toute activité qui s'y rapporterait, serait en fait dépourvue de juridicité [...] La couverture d'un risque n'a d'autre contenu que celui représenté par la prestation conditionnelle qui la répercute sur le plan juridique, par la prestation de règlement* ».

⁴ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. précité, *loc. cit.* ; V. Mazeaud, th. précitée, n° 109, p. 138 et s.

⁵ V., par ex., critiquant les termes employés par Mouly mais reprenant la distinction à son compte car elle est « *ancrée dans les esprits* », J. François, *Les sûretés personnelles*, Economica, 1^{er} éd., 2004, n° 122, p. 103.

338. Défense de l'« obligation » de couverture. La critique n'emporte toutefois pas la conviction. Que l'on milite ou non pour la reconnaissance d'une obligation de *praestare* en plus du triptyque classique consacré par le Code civil¹, dire que la caution de dettes futures n'est obligée à rien avant qu'une dette ne naisse à la charge du débiteur principal n'est pas pleinement satisfaisant. Le débat porte, au fond, sur la notion même de garantie, qu'elle soit d'origine conventionnelle ou légale. Faut-il affirmer que le vendeur tenu de la garantie d'éviction du fait des tiers et des vices cachés, le constructeur tenu d'une garantie décennale pour les vices compromettant la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination, le producteur tenu de garantir la sécurité de ses produits ou même l'assureur ne supportent en réalité aucune obligation avant la survenance d'un dommage² ? Couvrir le risque de la survenance d'une éventualité défavorable, ce n'est pourtant pas rien. On comprendrait mal, sinon, que l'on rémunère une caution bancaire ou un assureur au titre du service rendu. Bien que la prestation de couverture ne s'exécute pas de façon aussi visible que la prestation de règlement³, les différents garants ne sont pas seulement tenus de verser une somme d'argent en cas de survenance d'un dommage⁴.

339. La règle du « double délai » en matière de fixation de la durée de la garantie en constitue une démonstration éclatante : le délai durant lequel la garantie est due ne se confond pas avec le délai ouvert afin d'exercer une action en réparation une fois le préjudice subi. Le premier est un « délai d'épreuve », destiné à donner le temps au dommage de survenir⁵, le

¹ V. not. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008, n° 177, p. 160 et s., ainsi que G. Pignarre, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* – Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.* 2001. 41, n° 17-18.

² Suivant le même raisonnement, v. L. Mayaux, in J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, T. 3, préf. G. Durry, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 61, p. 31. On pourrait même aller plus loin : les parents responsables du fait dommageable de leur enfant mineur ne sont-ils pas tenus de garantir la sécurité d'autrui de la naissance de leur enfant jusqu'à sa majorité ? Le gardien de la chose n'est-il pas tenu de couvrir les risques de dommage causés par la chose tant que dure sa garde ?

³ Comp. B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, Montchrestien, Domat droit privé, 3^e éd., 2018, p. 477 : « Nécessaire, la garantie d'assurance, à la charge de l'assureur, connaît une double facette. Tantôt discrète et éclipse ; tantôt éclatante et rayonnante. En l'absence de sinistre, elle ne se manifestera jamais. Mais, latente, elle s'extériorisera, de manière ostensible, lorsque le sinistre surviendra [...] Son obligation se déclenche lors du sinistre, mais ce n'est pas le sinistre qui engage l'assureur à ses obligations. Ce dernier est bien tenu à sa garantie dès la souscription du contrat ». La formule retenue par la première édition de ce manuel était tout aussi éclairante, v. B. Beignier, *Droit des assurances*, Montchrestien, Domat droit privé, 2011, n° 410, p. 472 : « [l'obligation de règlement] a tendance, dans l'esprit du public, à éclipser l'obligation primordiale comme l'arbre cache la racine ».

⁴ Dans le même sens, v. A. Etienney, *La durée de la prestation*, préf. T. Revet, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 475, 2008, n° 369 et s., p. 271 et s., spé n° 382, p. 282 : « La satisfaction de ceux-ci [les créanciers de garantie], quand bien même aucun risque ne se réaliserait, est à la mesure de la durée de la garantie ».

⁵ V., par ex., Civ. 3^e, 22 septembre 2009, n° 04-15436 : « le délai de la garantie décennale étant un délai d'épreuve et non un délai de prescription, toute action fondée sur cette garantie ne peut être exercée plus de dix ans après la réception ».

deuxième un délai de prescription éteignant un droit substantiel à réparation en raison de l'inaction de son titulaire. Un bon exemple peut être étudié à partir de la situation du producteur du fait des produits défectueux : pendant dix ans à compter de la mise en circulation du produit, le producteur doit sa garantie de sécurité à ceux qui entrent en contact avec celui-ci¹ ; à l'intérieur de ce délai, si une personne subit un dommage du fait du défaut de sécurité du produit et connaît l'origine de ce dommage ainsi que l'identité du producteur, elle dispose de trois ans pour intenter son action². Le délai d'épreuve de la garantie dure donc dix ans, période au cours de laquelle le producteur met son patrimoine à disposition des victimes éventuelles dans le but de les indemniser en cas de survenance d'un dommage causé par le défaut de sécurité. Si le dommage survient au cours de ce délai d'épreuve, la victime dispose de trois ans pour demander effectivement l'indemnisation. Chacune des prestations dues par le producteur a son propre délai d'extinction, qui n'a pas exactement la même nature dans les deux hypothèses, si bien que l'on en vient à douter que le délai d'épreuve fixant la durée de la garantie se définisse encore comme une règle de prescription³.

340. La situation est similaire en matière de sûretés : de la conclusion du contrat au terme défini ou à sa date de résiliation, le constituant met à la disposition du créancier son patrimoine – en entier ou en partie seulement – afin de le couvrir contre le risque de défaut de paiement du débiteur, qu'il s'agisse d'un tiers ou du débiteur lui-même. En cas de défaillance, il faut alors payer une somme d'argent. Le paiement n'est donc ni l'obligation principale, ni même l'obligation essentielle des garants en général ou du constituant d'une sûreté en particulier : elle ne vient que dans un second temps et ne doit pas faire oublier que garantir, c'est mettre son patrimoine – intégralement ou partiellement – à disposition des victimes éventuelles d'un dommage prédéterminé pendant une certaine durée, et éventuellement réparer leur préjudice si l'événement défavorable venait à se réaliser durant la période de couverture⁴. Il nous semble

¹ Art. 1245-15 C. civ.

² Art. 1245-16 C. civ.

³ En ce sens, J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013, n° 583, p. 442 : « au fond, lorsqu'il remplit une telle fonction, le délai de prescription n'apparaît guère éloigné d'un délai conventionnel de garantie ».

⁴ Comp., estimant également que la garantie est bien plus que la simple indemnisation due à la suite de la survenance d'un dommage, *ibid.* : « la prescription ne vient pas éteindre le droit substantiel à réparation [...] elle vient uniquement éteindre le droit à garantie. Cette spécificité s'explique aisément : une garantie, qu'elle soit légale ou conventionnelle, n'est pas privée d'intérêt du seul fait que l'événement garanti ne se réalise pas. Bien au contraire, l'écoulement de la durée de la garantie revêt en elle-même une

qu'il s'agit là d'une véritable obligation – garantir – se décomposant en deux prestations : couvrir puis, éventuellement, payer.

341. Notion de « couverture réelle ». Quoi qu'on en pense – et nous ne nous résignons pas à écrire que la caution qui garantit le paiement de dettes futures n'est obligée à rien avant la défaillance du débiteur principal –, par un curieux paradoxe, la distinction de la prestation de couverture et de la prestation de règlement s'avère convenir parfaitement à la description des effets de la sûreté réelle dans les relations entre le constituant et le créancier. La prestation de couverture consiste ici à adopter un comportement propre à susciter la confiance du créancier quant à ses chances de paiement par la conservation de son droit de gage spécial jusqu'à l'exigibilité de la créance garantie. Elle se manifeste par l'obligation de conservation de l'assiette de la sûreté qui pèse sur le constituant¹. Chronologiquement, le premier effet de la sûreté réelle consiste ainsi à limiter la liberté patrimoniale de son constituant en assurant une certaine emprise du créancier sur son assiette. Ce n'est que la conséquence de ce que la sûreté réelle se définit avant tout par l'affectation de biens au service de la garantie du créancier. La restriction des pouvoirs du constituant a nécessairement pour corollaire le renforcement du pouvoir de contrôle du créancier sur les éléments du patrimoine du constituant qui forment l'assiette de sa garantie².

fonction satisfaisante » ; L. Mayaux, *op. et loc. cit.* : « une couverture d'assurance de bonne qualité crée de la valeur pour l'assuré, même en l'absence de sinistre. Elle ne se ramène pas à lui procurer un sentiment ou une sensation de sécurité. Concrètement, l'assuré s'attend à ce que lorsqu'un sinistre survient et lui cause un trouble d'ordre pécuniaire, l'assureur efface ce trouble en fournissant ce qu'il avait promis. S'il ne le fait pas, il aura manqué à son engagement de couverture, et donc il n'aura pas garanti la tranquillité de son assuré ».

¹ Rapp. G. Wicker et P. Gaubil, « L'efficacité du gage automobile non inscrit », *D.* 1997. 1, n° 10 : « l'intérêt de ces décisions [reconnaissant l'efficacité, quoique limitée, du gage automobile non publié] tient à ce que, soulignant l'affectation qu'il réalise, elles contribuent à mettre en évidence la véritable substance du droit de gage. A la suite des travaux de S. Ginossar, elles concourent à alimenter la thèse qui, dépassant la seule considération de ses manifestations externes que sont le droit de préférence et le droit de suite, analyse le droit réel en termes d'obligations. Selon cette conception, lorsqu'il consent un gage, le constituant met en oeuvre les prérogatives relatives à la disposition du bien qui en forme l'objet ; ce faisant il n'en perd pas la propriété, mais celle-ci se trouve grevée d'une charge : la valeur de la chose est affectée à la sûreté de la dette ; tout en demeurant dans le patrimoine du débiteur, cette valeur est désormais réservée au créancier. Par son engagement, le constituant s'interdit ainsi de disposer au profit d'un tiers de la valeur incluse dans le bien, de même qu'il confère au créancier le droit d'appréhender cette valeur, par la voie de la vente forcée ou en demandant l'attribution du bien, en cas de défaillance de sa part. Également, dans le cadre particulier du gage automobile, le constituant s'oblige à remettre le véhicule au créancier à défaut de paiement ». Comp., estimant que le constituant d'une sûreté réelle est tenu d'une obligation personnelle de conservation, C. Gijsbers, th. précitée, n° 236 et s., p. 225 et s. Toutefois, ce que dit l'auteur n'entre pas frontalement en contradiction avec notre théorie. Son but était en effet de prouver que la sûreté réelle ne produit pas d'obligations réelles qui seraient la face passive d'un droit réel sur la valeur des biens grevés, ce que nous approuvons.

² V. *supra*, n° 281 et s.

342. La sûreté réelle produit donc ses effets dès sa constitution et la rupture d'égalité entre les créanciers du constituant est immédiate : son bénéficiaire est titulaire d'un droit de regard et de critique quant à l'évolution d'une fraction du patrimoine du constituant, là où le créancier chirographaire est tenu de subir ses fluctuations, en étant quasiment dépourvu de moyens de défense. Il faut donc bien distinguer la « couverture personnelle » – qui existe dans le cautionnement, et fonctionne par la mise à disposition du patrimoine de la caution au bénéfice du créancier trouvant ainsi sa sécurité dans son droit de gage général sur des biens étrangers à l'assiette de son droit de poursuite initial – et la « couverture réelle », premier temps de la vie des sûretés réelles, qui fonctionne par l'affectation d'un ou plusieurs biens du constituant à la réalisation d'une rupture d'égalité au profit du créancier bénéficiaire, qui trouve ainsi sa sécurité dans l'assurance qu'il pourra appréhender la valeur de l'assiette de sa sûreté à l'échéance, par préférence aux autres créanciers ou de manière exclusive, si le débiteur s'avérait défaillant.

343. Première manifestation : l'obligation de conservation. Pour éviter de subir dans notre domaine les critiques adressées à l'encontre de l'obligation de couverture dans le droit du cautionnement, il s'agit de démontrer que le constituant d'une sûreté réelle ne s'engage pas abstraitement à fournir « la sécurité » à son créancier mais qu'il existe bien une prestation tangible qu'il doit exécuter : l'obligation de conserver le gage spécial du créancier¹. De même, la sanction de son inexécution devra être précisée.

344. Alors que le créancier chirographaire doit subir à raison de cette qualité les fluctuations du patrimoine de son débiteur, le bénéficiaire d'une sûreté réelle occupe une position bien plus enviable. En effet, les textes relatifs aux sûretés conventionnelles sans dépossession² obligent le constituant à conserver l'assiette de la sûreté, parfois en posant des

¹ Cette prestation existe que la sûreté soit donnée pour couvrir des dettes futures ou présentes. En effet, dans cette deuxième hypothèse, un certain laps de temps s'écoule entre la naissance de la garantie et l'échéance de la dette, ce qui nécessite une protection du créancier au cours de ce délai.

² En matière de fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition (art. 2018-1 C. civ.), tout dépend de la volonté des parties. Le constituant peut être tenu des mêmes obligations qu'un locataire-gérant ou que le preneur d'un bail commercial, mais il faut l'indiquer expressément dans l'acte, le Code civil écartant en principe l'application de ces deux régimes. Les parties peuvent également bâtir un édifice contractuel qui émanerait entièrement de leurs volontés conjuguées, mais qui comprendrait nécessairement une obligation de conservation à la charge du constituant resté en possession des biens grevés. En ce qui concerne les sûretés avec dépossession, aucune obligation de conservation ne pèse sur le débiteur. Il s'agit là d'une solution tout à fait logique, le créancier ayant alors sa sécurité « entre ses mains ». Dans ce cas, la prestation de couverture se limite à la remise du bien à ce dernier (ce qui constitue une véritable obligation, susceptible d'exécution par saisie-appréhension, v. M. Julienne, « L'acte authentique dans le nouveau droit du gage », *JCP N* 2016. 1107, n° 3), son droit de rétention lui assurant alors une position

prohibitions, parfois en le forçant à agir. Sans souci d'exhaustivité, on pourra ainsi citer l'obligation de conservation qui pèse de manière générale sur tous les constituants d'un gage sans dépossession¹ ou d'une hypothèque² ; l'interdiction de modifier seul l'étendue des droits attachés à la créance donnée en sûreté qui devrait prochainement être érigée en principe commun aux différentes sûretés sur créances³ ; l'obligation d'informer les titulaires d'un nantissement de fonds de commerce du déplacement de ce fonds s'il ne leur cause aucun préjudice ou l'interdiction pure et simple d'un tel déplacement si cet acte causait un préjudice auxdits créanciers⁴ ; l'obligation d'exploiter les biens « dynamiques » grevés, dont la valeur déperit s'ils sont laissés en déshérence⁵ ; l'obligation positive de fournir un complément de sûreté au créancier lorsque la valeur de l'assiette descend en-deçà d'un certain seuil défini par la convention, qui se retrouve dans les clauses d'arrosage en général et dans le régime du warrant pétrolier et du gage des stocks en particulier⁶ ou, enfin, l'interdiction de la tradition des biens faisant l'objet d'un warrant agricole ou hôtelier à leur acquéreur avant que le créancier ne soit désintéressé⁷.

345. Sanction de l'obligation de conservation. Quel que soit le texte considéré, la sanction est toujours la même et, outre la possibilité de demander un complément de sûreté, il s'agit de la déchéance du terme, rendant la créance garantie immédiatement exigible. Cette sanction est parfaitement adaptée : le crédit repose sur deux éléments, la confiance et le temps. Un terme n'est accordé au débiteur que s'il parvient à convaincre le créancier d'avoir confiance

particulièrement enviable dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur, v. *infra*, n° 699 et s., 728, 741 et 752.

¹ Art. 2344, al. 2 C. civ.

² Art. 2420, 2° C. civ.

³ Art. L. 313-27, al. 2 CMF en matière de cession Dailly ; art. 2359-1 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant en matière de nantissement de créance.

⁴ Art. L. 143-1, al. 1 et 3 C. com. V. L. Aynès, « L'évolution des garanties financières », *LPA* 26 mai 2005, p. 8 et s., estimant que « le nantissement de fonds de commerce [...] a surtout pour intérêt de permettre au créancier d'être averti des événements principaux affectant le fonds ».

⁵ Sur ce point, C. Albigès, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.* 2014. 795, n° 29 : « [le nantissement de bien incorporel] permet au propriétaire-débiteur de conserver la possession du bien afin qu'il puisse maintenir son exploitation. Les intérêts de ce créancier sont sauvegardés car il est en droit d'exiger de ce débiteur qu'il conserve le bien sans en compromettre sa valeur, ce même débiteur étant tenu d'exploiter le bien pour préserver l'assiette de la sûreté et éviter tout dépérissement du gage convenu. Le respect de cette obligation constitue l'un des effets immédiats de la souscription de la sûreté afin de garantir le maintien de la valeur économique des propriétés incorporelles en général et des fonds de commerce en particulier » (c'est nous qui soulignons). V. également *infra*, n° 832 et s.

⁶ V. respectivement les art. L. 524-16 et L. 527-6, al. 3 et 4 C. com. Les clauses d'arrosage sont fréquemment utilisées en matière financière, v. l'art. L. 211-20 CMF fixant le régime du nantissement de comptes-titres d'instruments financiers. Sur leur efficacité au cours de la période suspecte, v. *infra*, n° 853 et s., ainsi que n° 869 et s.

⁷ Art. L. 342-8, al. 1, C. rural et L. 523-8, al. 1, C. com.

en sa solvabilité, ce qui peut être réalisé par l'octroi d'une sûreté réelle assurant au créancier d'être mieux traité que les autres si le débiteur s'avérait impécunieux. Si le débiteur dissipe l'assiette de la sûreté réelle et rend impossible l'exercice du droit de gage spécial du créancier, il réduit à néant la confiance que ce dernier pouvait avoir en ses chances futures de remboursement. Il est alors absolument logique que le bénéfice du délai de paiement, contrepartie de la confiance, lui soit retiré. Le créancier qui n'a plus confiance en son débiteur doit pouvoir obtenir un paiement immédiat¹.

346. La solution est si naturelle qu'il s'agit d'un principe général du droit des sûretés : éliminant la référence au contrat qui existait dans l'ancien article 1188 du Code civil², l'ordonnance portant réforme du droit des obligations du 10 février 2016³ a créé un nouvel article 1305-4⁴ disposant que « *le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* »⁵. C'est dire que, même si les textes ne le précisent pas, l'obligation de conserver l'assiette de la sûreté jusqu'à l'exigibilité de la créance pèse également sur le débiteur en matière de sûretés légales et judiciaires⁶. Lorsque le juge, par une même décision, accorde un délai de grâce au débiteur et une autorisation de prendre une sûreté judiciaire au créancier, il est certain que la déchéance devrait être prononcée contre le débiteur qui réduit l'assiette de la sûreté⁷. La même solution devrait être étendue aux privilèges spéciaux⁸ : on ne voit pas au nom de quel principe

¹ V. J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 418, p. 377, qui y voient également une « mesure de « stoppage » : quand le tissu des sûretés est déchiré par le débiteur, il faut permettre au créancier d'agir avant que le « trou » ne s'agrandisse et que la solvabilité du débiteur ne soit définitivement compromise ».

² Art. 1188 anc. C. civ. : « *Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier* ».

³ Ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

⁴ De manière assez surprenante, l'art. L. 315-13 C. conso. fait référence à cet article, avant de le citer *expressis verbis*.

⁵ Il est regrettable que la réforme de 2016 n'ait pas modifié la formulation de l'art. 512 CPC, qui pose, au sujet du délai de grâce, la même règle que l'ancien art. 1188 C. civ. La référence aux sûretés « *données par contrat* » ne se justifie plus.

⁶ Pour un avis favorable sur cette évolution avant la réforme de 2016, v. C. Gijssbers, th. précitée, n. 4, p. 232.

⁷ Les textes peuvent certainement être interprétés en ce sens. Le nouvel article 1343-5 C. civ. dispose ainsi dans ses alinéas 1 et 3 que « *Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues* » et qu'« *il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette* ». Une obligation de conservation de l'assiette de la sûreté judiciaire devrait sans aucun doute pouvoir être imposée au débiteur.

⁸ Toutefois, la déchéance du terme ne devrait pas sanctionner le constituant qui transforme l'assiette d'un privilège spécial mobilier tel que le privilège du vendeur de meuble. En effet, aucune sanction n'est possible dans ce cas étant donné que la transformation des biens grevés est souvent nécessaire à l'activité professionnelle du constituant. Le caractère impérieux de son maintien suppose de tenir en échec l'obligation de conservation dans ce cas précis, car la poursuite de l'activité du débiteur est nécessaire au remboursement du créancier. De même, on hésiterait à faire profiter le titulaire d'un privilège spécial dépourvu de droit de suite de la solution retenue par le texte, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une véritable sûreté réelle, mais d'un simple droit préférentiel sur la valeur d'un bien désigné par le législateur, v. *infra*, n° 907 et s.

le créancier titulaire d'une telle garantie devrait subir la disparition de son droit de gage spécial sans disposer des moyens de défense adéquats.

347. Deuxième manifestation : les conditions de l'action paulienne. La couverture du risque de défaillance serait toutefois insuffisante si sa seule manifestation consistait en une obligation de conserver matériellement l'assiette de la sûreté pesant sur le constituant. Celui-ci pourrait en effet frauder les droits du créancier en passant un acte réduisant considérablement la valeur du bien grevé, ce qui rendrait ainsi totalement dépourvu d'intérêt l'exercice du droit de gage spécial. L'action paulienne, qui sanctionne classiquement la fraude par l'inopposabilité de l'acte, serait tout à fait inefficace dans une telle situation car elle suppose que le créancier puisse apporter la preuve de l'insolvabilité organisée frauduleusement par son débiteur¹. Rien de tel ne se passe ici, le créancier bénéficiant toujours de son droit de gage général qui peut être encore suffisamment important pour le désintéresser totalement. En revanche, son droit de gage spécial – qui lui assurait un paiement préférentiel ou exclusif si d'aventure le passif du débiteur venait à gonfler démesurément – serait perdu.

348. La jurisprudence a réagi en assouplissant les conditions d'exercice de l'action paulienne en cas de titularité d'un « droit préférentiel » sur un bien du débiteur. Un grand nombre de décisions ont été rendues en matière de sûretés réelles, et plus précisément sur l'hypothèse dans laquelle un bail a été conclu postérieurement à l'inscription d'une hypothèque sur l'immeuble loué². La conclusion d'un bail ne constitue pas un acte contraire à l'obligation de conservation matérielle de l'immeuble, mais rend l'exercice du droit de préférence bien plus difficile, voire impossible : elle cause une diminution importante de la valeur de l'immeuble. Il est alors fort probable qu'un tel acte ait été passé pour frauder les droits du créancier. Dans ce

¹ S'il reste suffisamment de biens dans le patrimoine du débiteur pour assurer le désintéressement de tous ses créanciers, le droit d'y faire revenir ceux qui ont été acquis par des tiers serait inutile pour les créanciers et très nuisible à l'activité du débiteur, v. J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952, n° 343, p. 390 : « tant que le débiteur conserve suffisamment d'actif pour garantir toutes ses dettes, on comprend très bien qu'on lui laisse le pouvoir de disposer librement de ses biens et que les tiers acquéreurs soient à l'abri de toute poursuite. Cette règle est nécessaire pour ne pas paralyser l'activité du débiteur ; elle ne nuit pas au créancier qui pourra exercer son droit sur les biens restants. Le problème se pose différemment lorsque le passif du débiteur est au moins égal à son actif, c'est-à-dire lorsque tous les biens saisissables du débiteur sont nécessaires pour garantir ses dettes. A partir de ce moment, toutes aliénations, tous actes par lesquels le débiteur diminue la consistance de son patrimoine, portent atteinte à l'exercice du droit de gage général des créanciers. Ces créanciers ont alors intérêt à ce que le débiteur perde ses pouvoirs de disposition ».

² V., entre autres, Soc., 19 décembre 1941 ; JCP 1942. II. 1809, n. E. Becqué ; Civ. 3^e, 20 mars 1996, *Bull. civ.* III, n° 71, p. 47 (n° 94-14665) ; Civ. 3^e, 31 mars 2016, n° 14-25604, *Deffrénois* 2016, n° 18, p. 935, n. C. Gijssbers.

cas, l'action paulienne peut être mise en œuvre en prouvant l'existence d'une menace pesant sur l'exercice du droit de gage spécial, et non plus l'insolvabilité du débiteur¹. Alors que l'action paulienne « générale » assure l'opposabilité du droit de gage général aux tiers², l'action paulienne « spéciale » est d'une nature différente³, en ce qu'elle assure l'opposabilité du droit de gage spécial – de l'obligation réelle de garantie – aux tiers⁴. Le but recherché par cette action est de réduire la liberté patrimoniale du débiteur, et non d'empêcher les tiers de contracter avec celui-ci⁵, car la jurisprudence n'aurait eu qu'à interpréter littéralement les textes relatifs à la publicité foncière pour ce faire⁶. En creux, l'action paulienne spéciale sert en réalité à obliger

¹ V., décrivant cette théorie qu'il trouve malgré tout critiquable, E. Becqué, n. précitée, page de gauche, deuxième col., *in fine* : « il s'opérerait alors, une « localisation » des conditions de fraude et de préjudice sur les biens qui sont réservés en première ligne au créancier ; le préjudice apparaîtrait dès que le débiteur aurait disposé de ce gage particulier de façon à rendre impossible l'exercice de la prérogative du créancier, et cela suffirait à donner ouverture à l'action paulienne : il serait indifférent en pareil cas que, le débiteur n'étant pas insolvable, le créancier puisse obtenir par ailleurs une satisfaction équivalente ».

² J. Derruppé, th. précitée, n° 344, p. 391.

³ E. Becqué, n. précitée, page de droite, première col. : « l'article 1167 tend [...] à empêcher ce gage général de s'évanouir : en faire une action qui assure la conservation d'un gage spécial, ce serait en transformer la nature. Elle ne serait plus destinée à reconstituer un patrimoine diminué par la fraude, elle deviendrait la sanction directe du contrat qui a fait naître au profit d'un créancier déterminé ce gage spécial ; or toute confusion entre elle et l'action qui assure l'exécution de ce contrat est impossible ». L'auteur était favorable à l'exercice d'une action fondée sur la simulation. Les deux formes de l'action paulienne présentent toutefois une certaine analogie, v. A. Grouber, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, th. Paris, Librairie du recueil Sirey, 1913, n° 285, p. 527 : « Certes, l'objet principal de [la créance des créanciers à gage particulier] est une somme d'argent, un bien fongible par excellence. Pour l'exécution de cette obligation, ils comptent, sans doute, sur le patrimoine général de leur débiteur. Mais ils comptent aussi, et tout particulièrement, sur ce petit patrimoine qui est constitué par les biens à eux hypothéqués. De même que le débiteur ne peut pas créer ou augmenter frauduleusement son insolvabilité par des actes portant sur des biens faisant partie de son patrimoine général, de même il lui est défendu de diminuer frauduleusement la valeur des biens faisant partie de ce patrimoine spécial. Dans les deux cas, la nature du préjudice souffert et le caractère de l'acte qui en a été le générateur sont, sinon identiques, du moins très analogues », ou encore L. Sautonie-Laguionie, th. précitée, n° 287, p. 183 : « Emportant, comme toute obligation, un assujettissement du débiteur, l'obligation réelle astreint celui-ci à ne rien faire qui porte atteinte à l'hypothèque, ce qui implique notamment qu'il ne diminue pas la valeur du bien affecté à la garantie de la créance. Ainsi lorsque, par exemple, il concède sur ce bien un bail à long terme, la valeur vénale du bien hypothéqué se trouve réduite et l'étendue de la garantie prise par le créancier s'en trouve d'autant diminuée. Le propriétaire du bien hypothéqué s'est alors soustrait à son assujettissement né de l'obligation réelle ».

⁴ Comp., hostile à l'extension de l'action paulienne en matière de droits réels, G. Kessler, « Action paulienne et droits réels », *D.* 2004. 3098, commentant l'arrêt rendu par la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 6 octobre 2004 (*Bull. civ.* III, n° 163, p. 150 [n° 03-15392]), qui a prononcé l'inopposabilité aux bénéficiaires d'une promesse unilatérale de vente d'un immeuble de la donation de ce bien, au motif que « l'action paulienne est recevable, même si le débiteur n'est pas insolvable, dès lors que l'acte frauduleux a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée ». L'auteur estime qu'« en autorisant ainsi l'exercice de l'action » contre un acte qui risque d'altérer non le gage général des créanciers mais le gage spécialisé d'un créancier déterminé ou de compromettre une créance relative à un bien déterminé », la jurisprudence l'a fait sortir de son domaine, à tel point que l'on peut se demander s'il s'agit toujours d'une action paulienne. On devrait réserver ce nom à celle qui protège le gage général ». Il propose alors de « revenir à une conception plus orthodoxe de l'action. Celle-ci ne devrait pas prospérer sur la seule constatation d'une diminution d'actif. Il serait plus cohérent de considérer que la solvabilité du débiteur prive le créancier de son intérêt à agir par cette voie ». On peine toutefois à imaginer un mécanisme plus adapté que celui-ci en matière de sûretés réelles, rapp. C. Brenner, « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, p. 69 : « elle peut incontestablement présenter un intérêt pour lutter contre les divers actes juridiques emportant dévalorisation du bien, tels les baux de longue durée ou assortis d'un droit de renouvellement, qui demeurent possibles lorsque la sûreté opère sans dépossession ».

⁵ Il est ainsi loisible au constituant de disposer de l'assiette de la sûreté qui procure à son bénéficiaire un droit de suite car, comme l'affirme la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu par sa 15^e Chambre, section B, le 26 juin 2008 (n° 06/17696) : « le droit de suite fait obstacle à la diminution de la garantie inhérente à [la sûreté réelle] ».

⁶ L'article 30, 1 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière dispose en effet que « les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1^o de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers ».

le constituant à demander son accord au créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle avant de passer un acte susceptible de réduire la valeur de son assiette¹. Sans cet accord, le créancier a le pouvoir de réclamer l'inopposabilité d'un tel acte à tout moment, ce qui lui permettrait de pouvoir faire vendre le bien libre de toute charge. Bien entendu, dans l'hypothèse où le titulaire de la sûreté voudrait exercer son droit de critique afin d'obtenir l'inopposabilité d'un acte passé sur un bien compris uniquement dans l'assiette de son droit de gage général, ce sont les conditions de l'action paulienne « générale » qui trouveront à s'appliquer, y compris la nécessité de prouver l'insolvabilité du débiteur.

349. Bilan : existence de la prestation réelle de couverture. Jusqu'à l'exigibilité de la créance garantie, le constituant d'une sûreté réelle est donc tenu explicitement d'une obligation de conservation matérielle de l'assiette de la sûreté et implicitement d'une interdiction de passer un acte qui réduit sa valeur, sauf à en demander l'accord au créancier. Il doit faire en sorte que son titulaire dispose, à l'échéance de la créance garantie, d'un gage spécial d'une valeur équivalente à celle qu'il possédait au jour de la conclusion de la sûreté, sous peine de perdre le bénéfice du terme². Le débiteur abdique donc une partie de sa liberté de gestion par la seule constitution de la sûreté réelle, ce qui investit réciproquement le créancier d'un pouvoir de surveillance accru sur la portion du patrimoine du constituant qui est affectée à la garantie de son paiement. On voit bien alors que la prestation de couverture existe réellement, et non uniquement dans un « *horizon transcendantal* »³, le débiteur réel étant partiellement placé sous la tutelle de son créancier. Il reste désormais à prouver la matérialité du second versant de l'obligation réelle de garantie : la prestation de règlement⁴.

qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés ». L'inopposabilité automatique n'a pas été retenue par la jurisprudence, l'exercice de l'action paulienne demeurant nécessaire. Sur ce sujet, v. Ph. Théry, *op. cit.*, n° 208 bis, pp. 269-270.

¹ Rappr. C. Brenner, « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement », art. précité, p. 69, estimant que l'action paulienne spéciale « constitue une extension et même une dénaturation de l'action paulienne. Car celle-ci n'est plus alors un instrument de protection du droit de gage général, mais une technique de limitation des pouvoirs du constituant de la sûreté réelle ».

² Rappr. M. Cabrillac, th. précitée, n° 127, p. 181 : « La finalité de toute affectation réelle est de permettre au créancier de saisir l'objet à l'échéance et de le faire vendre pour obtenir son paiement par préférence ».

³ V. Mazeaud, th. précitée, n. 512, p. 105, à propos de l'obligation de couverture au sens classique dans le cautionnement de dettes présentes.

⁴ On peut ainsi prendre la mesure du rapprochement des sûretés négatives avec les sûretés réelles. Parmi la première catégorie, certaines sont qualifiées de « sûretés négatives génératrices d'un droit de veto » (Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-

§2) L'obligation réelle de garantie à compter de l'exigibilité de la créance

350. Plan. Dans la meilleure des hypothèses, l'opération s'achève par le paiement du créancier. Si le débiteur remplit ses engagements, les obligations issues du contrat principal et de la sûreté sont comme fondues l'une dans l'autre et le paiement les éteint concomitamment. En revanche, en cas de défaillance du débiteur à l'échéance, la prestation de règlement, deuxième versant de l'obligation réelle de garantie, devient exigible. La particularité de cette prestation est que ses caractéristiques propres ne ressortent que dans deux situations : lors de son inexécution et en cas de transfert de la propriété de l'assiette de la sûreté avec droit de suite.

Lorsque le débiteur ne paye pas à l'échéance, la qualité de créancier d'une obligation réelle de garantie permet de bénéficier de l'engagement *intra rem* du débiteur offrant, dans les procédures d'exécution forcée, un droit de gage spécial aux effets bien plus énergiques que le droit de gage général. Titulaire de deux droits de poursuite distincts, sa position n'est pas sans rappeler, sur certains points, celle d'un bénéficiaire de sûreté personnelle. Il faut donc nuancer l'affirmation classique selon laquelle, dans cette situation, l'obligation réelle est « masquée » par l'obligation personnelle (A).

D'autre part, en cas d'acquisition du bien grevé d'une sûreté réelle conférant un droit de suite, c'est le tiers acquéreur qui va être tenu par l'obligation réelle. Il devra régler la dette réelle car la deuxième particularité de la prestation de règlement consiste en son mode de désignation du débiteur : il s'agit du propriétaire ou du titulaire d'un droit réel principal sur le bien grevé. Cependant, le fait que le tiers acquéreur n'ait pas lui-même souscrit l'obligation réelle de garantie influe considérablement sur sa situation (B).

A) La prestation de règlement « masquée » par l'obligation personnelle

351. Le masque de l'obligation personnelle. Lorsque le constituant de la sûreté réelle et le débiteur de la dette garantie ne font qu'un, il est d'ores et déjà obligé envers le créancier à

Triboulet, « Sûretés négatives », *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, sept. 2009, n° 20 et s.). Comme les sûretés réelles, elles imposent donc au débiteur une prestation de couverture, en restreignant sa liberté de gestion patrimoniale avant l'échéance de la créance garantie. En revanche, elles se distinguent des sûretés réelles en ne permettant pas au créancier qui en bénéficie d'échapper à la loi du concours en cas d'insuffisance d'actif à partager.

titre personnel. Selon les termes de l'article 2284 du Code civil, tous ses biens peuvent être saisis en cas d'inexécution. C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs, qui ne nient pas l'existence de l'obligation réelle, estiment qu'elle est « *masquée* » par l'obligation personnelle¹. D'autres ont également pu écrire que la sûreté ne conférerait qu'un pouvoir de contrainte au créancier, sans faire peser d'obligation à la charge du constituant... ou inversement².

352. L'idée d'une obligation réelle de payer est pourtant séduisante³. Elle existe en germe dans le Code civil, par une lecture *a contrario* de l'article 2284⁴, ainsi qu'au travers de l'expression « *dettes hypothécaires* » qui caractérise l'étendue de l'engagement du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué⁵. Sur le terrain du droit substantiel, alors que tout créancier est soumis en principe au droit des procédures civiles d'exécution et des procédures collectives, le bénéficiaire d'une sûreté réelle se voit conférer ponctuellement des droits plus énergiques que le créancier chirographaire grâce à un certain nombre de dérogations apportées au régime de la réalisation de sa créance⁶. Elles peuvent s'expliquer par l'obligation réelle de garantie : le débiteur constituant est tenu *intra rem*, ce qui signifie qu'il octroie à son créancier des prérogatives renforcées sur l'assiette limitée de sa sûreté. Il ne faut cependant pas en

¹ J.-J. Ansault, th. précitée, n° 274 et s., p. 241 et s. ; V. Bonnet, n. sous Civ. 1^{er}, 4 mai 1999, D. 2000. 302, n° 7 : « tout créancier hypothécaire est titulaire de deux droits superposés, un droit de créance ayant pour gage l'ensemble du patrimoine du débiteur et un droit réel ayant pour objet l'immeuble hypothéqué. Il existe donc inversement deux obligations différentes : une obligation personnelle à la charge du débiteur et une obligation réelle à la charge du constituant de l'hypothèque. Le plus souvent, ces deux obligations pèsent sur la même personne : le débiteur. Mais vienne ce dernier à céder son immeuble à un tiers et l'on se trouve face à deux obligés distincts, l'un personnel et l'autre réel » ; J. François, « L'obligation de la caution réelle », *Deffrénois* 2002, p. 1208 et s., spé. n° 17-18 : « à chaque fois qu'un droit réel accessoire est constitué par un débiteur, il convient de reconnaître que celui-ci est engagé à un double titre, personnellement et réellement, cette dernière obligation étant transmissible de plano à ses ayants cause à titre particulier. Lorsque le droit réel accessoire est constitué par un tiers garant, ou caution réelle, la situation diffère seulement en ceci que, tandis que le débiteur est tenu à la fois personnellement et réellement, l'obligation réelle qui pèse sur la caution occupe seule la scène juridique » ; V. Mazeaud, th. précitée, n° 279, p. 414.

² V., estimant que la sûreté réelle n'est qu'un « pouvoir de contrainte brut », sans dette, F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP N* 1986, art. 100093, n° 48 ; à l'inverse, développant son analyse sur le terrain d'une dette sans pouvoir de contrainte du créancier, J. François, « L'obligation de la caution réelle », art. précité, *loc. cit.*

³ V., déjà, C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, T. III, Warée, 1811, n° 345, pp. 265-266 : « L'obligation est personnelle et réelle en même temps, si, en m'obligeant de vous payer une somme, j'ai affecté mes immeubles à la sûreté de ce paiement. Il y a alors deux obligations distinctes, celle de ma personne et celle de mes biens. En abandonnant mes immeubles, je ne dégage ni eux ni ma personne. Si c'est à vous que j'en fais l'abandon, je ne libère ma personne que jusqu'à la concurrence de leur valeur ; je reste obligé pour le surplus ».

⁴ S. Ginossar, *op. cit.*, n° 36, p. 92 et « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », art. précité, n. 43, p. 585. L'idée vient de la rédaction de cet article : si le législateur a pris la peine d'indiquer qu'il ne s'applique qu'à ceux qui s'obligent « personnellement », n'est-ce pas pour l'opposer à la situation dans laquelle un débiteur s'oblige réellement sur une partie seulement de son patrimoine ? *Adde* C. Larroumet, « Obligation personnelle et obligation réelle », art. précité, n° 6, p. 93. Cette théorie a aussi ses partisans à l'étranger, v. L. Payette, *op. cit.*, n° 15, pp. 8-10

⁵ Art. 2479 C. civ.

⁶ Nous incluons le droit de préférence et le droit exclusif dans les caractéristiques propres à l'obligation réelle de payer, mais il n'est pas nécessaire de revenir sur ces éléments, déjà développés *supra*, n° 50 et s. *Adde* J.-J. Ansault, th. précitée, n° 288, p. 253 et n° 291, pp. 256-257.

exagérer la portée : bien que certaines faveurs soient accordées aux bénéficiaires de sûretés réelles par le droit de l'exécution forcée, ils restent tout de même largement soumis à son droit commun¹.

353. Prestation réelle de règlement et exécution forcée. Un bref panorama des dérogations bénéficiant au titulaire d'une sûreté réelle peut être exposé en allant *crescendo*, des simples facilités d'exécution jusqu'aux avantages les plus exorbitants. Tout d'abord, le renforcement des droits des bénéficiaires de sûretés réelles peut passer par l'octroi de facultés étrangères aux prérogatives des simples chirographaires et qui leur permettent d'exercer un certain contrôle sur l'exécution forcée, pour s'assurer que l'assiette de la sûreté ne sera pas réalisée à vil prix. On peut en donner deux exemples. Premièrement, dans la procédure de saisie immobilière, une faculté de subrogation dans les droits du poursuivant est offerte aux créanciers inscrits sur l'immeuble, au syndicat des copropriétaires et aux titulaires de privilèges généraux². Une telle demande, si elle est acceptée, permet à la saisie de suivre son cours lorsque le poursuivant se désiste ou d'éviter un certain nombre d'événements de nature à entraver la réalisation des droits des bénéficiaires de sûretés réelles. De même, seuls les créanciers inscrits bénéficient d'un droit de surenchère au dixième lorsque l'acquéreur d'un bien hypothéqué entend purger les inscriptions qui le grèvent³, et ce afin d'éviter que l'assiette de leur droit de gage spécial ne soit vendue à un prix trop bas, en raison de la fraude ourdie par l'adjudicataire et le débiteur⁴. A l'inverse, les chirographaires, dépourvus de tout moyen de contrôler le prix de vente des biens de leur débiteur, sont tenus de subir ces avanies liées à la collusion entre le poursuivant et le débiteur...

¹ Sur la soumission classique des titulaires de sûretés réelles au droit de l'exécution forcée, v. *infra*, n° 609 et s.

² Art. R. 311-9 CPCE. Pour de plus amples développements sur le sujet, v. G.-A. Sillard, « La subrogation dans la saisie immobilière », *D.* 2011. 402. La saisie immobilière est une procédure à part de ce point de vue. En effet, en matière de saisie-vente de biens mobiliers, tout créancier peut recourir à cette faculté en mettant en demeure le créancier poursuivant de procéder à la mise en vente forcée du bien saisi dans les délais prévus (art. R. 221-46 CPCE). Elle se fonde alors sur l'idée que la négligence d'un créancier ne doit pas nuire à ceux qui disposent d'autres droits sur le même bien.

³ V. l'art. 2480, 2° C. civ. à propos de l'hypothèque immobilière, ainsi que les art. L. 143-13 C. com., L. 124-4 du Code du cinéma et de l'image animée, R. 4122-9 du Code des transports et R. 123-1 du Code de l'aviation civile respectivement pour le nantissement de fonds de commerce, le nantissement de film cinématographique, l'hypothèque fluviale et l'hypothèque aérienne. Sur la notion même d'hypothèque mobilière, v. *infra*, n° 818 et s.

⁴ Cette prérogative est si importante que l'on a pu affirmer que « sans cela l'hypothèque ne serait pour eux qu'un droit illusoire », ou encore qu'elle constitue « le nerf et la garantie de l'hypothèque ; sans [elle], les créanciers hypothécaires n'auraient qu'un droit insuffisant » (G.-M.-M. Desnoyers, *De l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs*, th. pour la licence, Paris, E. Thunot et C^{ie}, 1849, p. 19).

354. Sûretés réelles et assouplissements de de l'exécution forcée. Ensuite, le droit de gage spécial issu de l'obligation réelle de garantie peut se manifester par un assouplissement considérable des procédures d'exécution forcée. Il faut s'intéresser ici à la procédure de réalisation instituée pour le gage commercial et copiée par la suite dans le régime de nombreuses sûretés¹. Les principes posés par les articles L. 221-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution exigent qu'en matière mobilière, le recours à l'exécution forcée nécessite l'obtention d'un titre exécutoire constatant une créance certaine, liquide et exigible, la signification d'un commandement de payer au débiteur, l'attente d'un délai d'un mois avant de procéder à une vente aux enchères publiques, et ceci tout en réservant la possibilité d'obtention d'un délai de grâce. Le régime du gage commercial et de ses émules fait au contraire table rase de la plupart de ces conditions. Le premier alinéa de l'article L. 521-3 du Code de commerce permet en effet au titulaire de la sûreté de faire vendre les biens sans disposer de titre exécutoire et huit jours après une signification adressée au débiteur, alors que la jurisprudence interprète le texte comme interdisant à ce dernier de solliciter l'octroi d'un délai de grâce². Le régime d'autres sûretés va encore plus loin : dans le nantissement de compte-titres, le délai d'attente une fois le débiteur mis en demeure est fixé librement par les parties³, alors que, pour les garanties financières, un tel acte n'est même pas nécessaire⁴. Dans ces cas-là, la sûreté réelle joue quasiment le rôle d'un titre exécutoire ouvrant droit à une procédure simplifiée.

355. Sûretés réelles et mesures d'exécution forcée spécifiques. De plus, il faut mentionner l'existence de procédures d'exécution forcée réservées aux titulaires de sûretés. Il peut s'agir de procédures spéciales, offertes à un créancier bien spécifique, tel le créancier d'aliment, le Trésor Public⁵, ou encore du droit d'opposition au paiement du prix de vente lors

¹ V. l'art. L. 521-3 C. com. pour l'« original » ; les art. L. 522-31 et L. 525-14 du même code pour le warrant des magasins généraux et le « nantissement » de matériel et d'outillage. L'assouplissement de la procédure de réalisation pourrait profiter à tous les gages constitués à des fins professionnelles si l'art. 2346 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant était adopté en l'état.

² Com., 10 décembre 1979, *Bull. civ.* IV, n° 328 (n° 78-12924) : « les prescriptions de l'article 93 du Code de commerce qui permettent au créancier gagiste, huit jours après une simple signification faite au débiteur, de procéder à la vente publique des objets donnés en gage, excluent que le débiteur puisse se prévaloir des dispositions de l'article 1244 du Code civil pour contrarier la faculté ainsi offerte à son créancier ».

³ Art. L. 211-20, V CMF.

⁴ Art. L. 211-38, II, 3° CMF.

⁵ V. *supra*, n° 182 et s.

de la mutation d'un lot à titre onéreux ouvert au syndicat des copropriétaires¹. L'on pouvait alors formuler le constat, propre au droit français, que la titularité d'un droit de préférence dans la distribution du produit des biens du débiteur s'accompagnait parfois d'une faveur considérable au stade de l'exécution forcée². Cette idée a pris davantage de poids en raison de la généralisation de la faculté d'attribution du bien en propriété qui fait désormais partie du droit commun des sûretés réelles conventionnelles. La position du titulaire d'une sûreté réelle devient alors systématiquement meilleure que celle des créanciers chirographaires lors des deux phases de la réalisation de la garantie – exécution forcée et distribution du prix –, ce qui est loin d'être anodin.

356. Sûretés réelles et éviction du droit des procédures collectives. Enfin, au sein du droit des procédures collectives, certains titulaires de sûretés réelles disposent d'avantages léonins malgré leur soumission de principe à la discipline collective³. Outre les créanciers alimentaires et les créanciers postérieurs qui ne perdent pas leur droit de poursuite malgré le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure, c'est surtout l'augmentation constante du nombre des créanciers privilégiés qui échappent tout bonnement à la procédure collective qui étonne. Le droit des sûretés se révèle décidé à « *tailler des croupières* »⁴ au droit des procédures collectives, multipliant les garanties qui permettent à leur bénéficiaire de se retrouver dans la position d'un titulaire de sûreté réelle antérieurement à la loi de 1967, c'est-à-dire hors de la

¹ Art. 20 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. V. Ph. Théry, « Le droit d'opposition en droit du paiement », *LPA* 4 avril 2007, p. 25 et s., qui estime que « *si la mise en œuvre du droit de l'exécution s'apparente souvent à une chasse à la matière saisissable, tout se passe ici comme si l'on avait collé les pattes du gibier pour s'assurer que le chasseur ne le rate pas !* ».

² En ce sens, C. Gijssbers, th. précitée, n° 215 et s., p. 202 et s. ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019, n° 70 et s., p. 95 et s., spé. n° 70, pp. 95-96 : « *de la même manière que le droit de l'exécution ne peut faire abstraction de la nature du bien, objet de l'exécution, il s'adaptait parfois à la créance à l'origine de l'exécution forcée. En apparence contradiction avec l'idée véhiculée par l'article 2285 du Code civil selon laquelle les causes de préférence ne joueraient qu'au stade de la distribution, certains créanciers jouissaient de techniques de contrainte propres, dérogoires à la vente forcée de droit commun. Dans ces cas de figure, le droit de l'exécution prend en considération la qualité même du droit substantiel pour simplifier ses modalités d'exécution* » ; Ph. Théry, « L'après-jugement, aspects sociologiques », in *Le procès, APD*, T. 39, 1995, n° 12, p. 263 : « *il faudrait évoquer ici encore – historiens et sociologues à l'appui – la manière dont le droit de l'exécution entérine les rapports sociaux. Le droit de l'exécution, sur ce point, est aussi révélateur que le droit des privilèges. Parfois même, les deux choses sont liées étroitement : le propriétaire, au début du XIX^e siècle, s'était vu offrir une mesure conservatoire particulière, la saisie-gagerie, parce qu'il avait un privilège et pour en assurer la mise en œuvre ; même situation pour le trésor public à qui l'avis à tiers détenteur devait permettre de faire valoir son privilège mobilier général. Cette conjugaison d'une procédure spécifique et d'un privilège n'a pas disparu : elle est à l'origine de la loi du 2 janvier 1973 instituant une procédure de paiement direct des pensions alimentaires et se retrouve dans les articles 34 et 35 de la loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat* ».

³ Sur les restrictions imposées aux prérogatives des titulaires de sûretés réelles par le droit des procédures collectives, v. *infra*, n° 643 et s.

⁴ Ph. Théry, « Réforme des sociétés de crédit foncier », *RDI* 2000. 82.

procédure. Ainsi, les porteurs d'obligations émises par les sociétés de crédit foncier¹ tout comme les titulaires de garanties financières² ne subissent pas les désagréments liés aux procédures collectives du Code de commerce, pas plus que les caisses de crédit municipal ne voient leurs prérogatives amputées par l'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers³. On terminera ce panorama en citant le cas des titulaires de sûretés dispensés de déclarer leurs créances envers la succession au cours du succédané de procédure collective qui se déroule à la suite de l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net⁴.

357. La réfutation de la notion de privilège d'exécution. Comment expliquer le traitement particulier, parfois extrêmement favorable, des titulaires de sûretés réelles par le droit de l'exécution forcée ? Il a été proposé de recourir à la notion de « *privilège d'exécution* »⁵, qui s'oppose au privilège de distribution. Les premiers déploieraient leurs effets au cours de l'exécution forcée de la créance et dans les rapports entre créancier et débiteur, alors que les seconds joueraient un rôle entre les différents créanciers au stade de la distribution du prix de vente des biens grevés. Les privilèges d'exécution, bien loin de constituer la marque de l'obligation réelle, ne s'analyseraient alors que comme des faveurs accordées à certains créanciers, munis de sûretés ou non.

358. Cette *summa divisio* des privilèges est-elle si convaincante que cela ? Outre le fait qu'il faille, à notre avis, réserver l'appellation de « privilège » aux sûretés légales⁶, la distinction paraît un peu trop tranchée. Tout d'abord, certaines dérogations au droit de l'exécution forcée ne rentrent dans aucune des « cases » précitées. Qu'on en juge : les facultés de subrogation dans la saisie immobilière et de surenchère au dixième, qui n'apportent rien au stade de la distribution des deniers, intéressent-elles seulement les rapports entre créancier et débiteur ? Certainement

¹ Art. L. 515-19, 2 CMF.

² Art. L. 211-38, I CMF.

³ Art. L. 711-5 C. conso.

⁴ Art. 792, al. 2 C. civ.

⁵ C. Gijsbers, th. précitée, n° 217, p. 205 et s. V. également L. Lauvergnat, « Le privilège d'exécution du bailleur d'immeuble », *Procédures* n° 8-9, août 2011, étude 9, n° 5 : « le droit de saisir du bailleur d'immeuble, quant à lui, répond plus de l'idée qu'il existerait une saisissabilité privilégiée, permettant à un créancier, en l'occurrence le bailleur, d'appréhender l'ensemble des biens de son débiteur et même ceux n'appartenant pas à son débiteur dans la mesure où ils garnissent les lieux loués ! Le privilège d'exécution ainsi reconnu au bailleur permet à cet unique créancier de saisir des biens échappant au gage des autres. L'assiette sur laquelle il peut agir va donc au-delà des limites ordinairement posées en la matière ».

⁶ En effet, la notion de privilège étant déjà assez confuse, il ne nous paraît pas nécessaire d'ajouter d'autres éléments relevant de l'exécution forcée derrière cette étiquette qui recouvre des éléments disparates, v. *infra*, n° 898 et s.

pas, car si aucun titulaire de sûreté ne se manifeste afin de relancer l'exécution forcée, les intérêts de tous les créanciers pourraient être lésés par une vente à vil prix. De même, il existe des hybrides qui appartiennent à la fois aux deux catégories. En effet, si la possibilité de réaliser sa sûreté en obtenant l'attribution de la propriété du bien grevé simplifie grandement la réalisation des droits du créancier, comment nier qu'elle est également dirigée contre ses concurrents, essentiellement les chirographaires et titulaires de privilèges dépourvus de droit de suite qui voient ce bien sortir du patrimoine de leur débiteur¹ ?

359. S'il existe des dérogations apportées au droit de l'exécution forcée qui sont exclusivement attribuées aux titulaires de sûretés réelles, si certaines ne peuvent être qualifiées ni de privilège d'exécution, ni de privilège de distribution et, enfin, si quelques-unes constituent à la fois des faveurs au stade de l'exécution et de la distribution, c'est que cette distinction ne fonctionne pas. Elle emporte d'autant moins la conviction que, s'il est vrai que tous les bénéficiaires de dérogations au droit commun de l'exécution forcée ne sont pas titulaires de sûretés réelles, tous les titulaires de sûretés réelles, sans exception, sont gratifiés de telles faveurs, ne serait-ce que par la généralisation du recours à l'attribution judiciaire et au pacte comissoire par l'ordonnance du 23 mars 2006. Nous préférons donc faire reposer leur explication sur la dualité des droits de poursuite appartenant au créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle.

360. L'existence d'une dualité de droits de poursuite. L'obligation réelle qui naît de la sûreté n'est pas un « *fantôme* ». On a déjà montré sa consistance tant avant l'exigibilité de la créance garantie qu'à compter de cette date. Pourtant, un nouveau problème surgit : n'existerait-il pas, pour le débiteur qui constitue une sûreté réelle en garantie de sa propre dette, un risque de double paiement ? Une telle crainte peut être apaisée en raisonnant par analogie avec la décision *Belvédère*², qui démontre qu'en droit français, un débiteur faisant face à deux droits de poursuite le forçant à honorer un seul engagement ne paye qu'une seule fois.

¹ Sur la portée des modes de réalisation de la sûreté par attribution de son assiette au bénéficiaire, v. *infra*, n° 621 et s.

² Com., 13 septembre 2011 « *Belvédère* », *Bull. civ.* IV, n° 131 (n° 10-25533, 10-25731 et 10-25908). Sur cette décision, v. not. R. Dammann, « L'arrêt *Belvédère* : 1^{er} au box-office 2011 de la jurisprudence française », *Dr. et Patr.* avril 2012. Précisons dès maintenant que la dette parallèle est une technique de gestion des sûretés par laquelle le débiteur prend un engagement non-accessoire envers l'agent des sûretés, qui est l'équivalent de ce à quoi le débiteur est tenu envers le créancier.

361. Dans cette affaire, une société a passé deux actes régis par le droit de l'Etat de New-York. Par le premier, elle a émis un emprunt garanti par plusieurs de ses filiales et désigné la banque *trustee* alors que le deuxième consistait en une convention de partage des sûretés avec constitution de dettes parallèles au profit de deux autres banques nommées agents des sûretés. Une procédure de sauvegarde a ensuite été ouverte à l'encontre de la société et de ses filiales, poussant les trois banques à déclarer leur créance au passif de chaque procédure collective. Elles y ont été admises solidairement. Un des nombreux points du contentieux portait sur la conformité de la technique de la dette parallèle à l'ordre public international français : l'égalité des créanciers est-elle remise en cause par la convention qui stipule que le paiement effectué aux porteurs de titres d'emprunt ou à la banque *trustee* est la seule exception inhérente à la dette opposable aux agents des sûretés ? La Cour de cassation estime que le moyen n'est pas fondé et répond négativement à la question posée. Mais il ne s'agit pas d'un blanc-seing offert à tous les créanciers souhaitant recourir à la dette parallèle : cette technique est valable uniquement en raison de la présence d'une stipulation prévoyant que « *toute somme versée entre les mains de l'un des agents ou d'un autre créancier privilégié s'imputera sur le montant total de la dette et que les agents ne conserveront eux-mêmes les sommes encaissées qu'à titre fiduciaire* ». Le système conventionnel d'imputation, qui annihile le risque de double paiement, constitue donc la condition en vertu de laquelle un tel système est conforme à notre ordre public international. La solution de l'affaire *Belvédère* démontre alors que la multiplicité des droits de poursuite ayant le même objet ne conduit pas nécessairement au risque d'un double paiement. Il en va de même en matière de sûretés réelles.

362. Comme l'affirme M. Aynès, « *la parallel debt nous pousse à éprouver ce qu'il y a derrière le principe de l'accessoire ; une prohibition du double paiement* »¹. Le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle ne peut effectivement pas demander un double paiement à son débiteur, à titre personnel puis à titre réel, et ce en raison du principe de l'accessoire². La sûreté réelle est au service exclusif de la dette garantie. Le paiement partiel effectué par le débiteur

¹ L. Aynès, « Conclusion », in *Réforme des sûretés : premiers bilans, Dr. et Patr.* avril 2012.

² Le même raisonnement est transposable aux sûretés personnelles : personne n'a jamais prétendu que le bénéficiaire d'un cautionnement pourrait demander un paiement à la caution, puis au débiteur principal. De manière générale, v. D. Grimaud, th. précitée, n° 436, p. 469 : « *la valeur satisfaisante attachée à l'exécution de l'obligation accessoire est commune à toutes les sûretés personnelles, y compris à celles qui entretiennent, avec la dette couverte, un lien de dépendance de faible intensité. Dès l'instant où il s'exécute, tout garant, quelle que soit la nature de son engagement, paie tout à la fois sa propre dette et la dette qu'il garantit* » (c'est nous qui soulignons).

éteint simultanément les deux dettes pour le même montant¹. Lorsqu'il recourt à l'exécution forcée, en revanche, le créancier bénéficie d'une option². Ou bien il agit au titre de l'obligation réelle sur l'assiette de sa sûreté, pouvant ainsi mettre en œuvre les dérogations au droit de l'exécution forcée, ainsi que le droit de préférence ou exclusif sur la valeur de l'assiette qui sont attachés à son droit de gage spécial – ce qui permet à la rupture d'égalité entre les créanciers du constituant de se manifester de manière éclatante –, ou bien il agit en tant que créancier chirographaire, au titre de l'obligation personnelle, sur tout bien appartenant au débiteur. Les deux droits de poursuite peuvent même être employés successivement si l'exécution forcée sur l'assiette de la sûreté n'est pas suffisante pour désintéresser complètement le créancier, car l'obligation réelle s'éteint³ et le reliquat ne peut être réclamé au débiteur que par le truchement du droit de gage général, sanction de l'inexécution de l'obligation personnelle.

363. Ainsi, il faut nuancer l'affirmation selon laquelle l'obligation réelle est masquée par l'obligation personnelle lorsque le débiteur est encore en possession de l'assiette de la sûreté. Elle est surtout masquée par la dispersion des textes qui empêche de se rendre compte que la dualité des droits de poursuite du titulaire d'une sûreté réelle existe bel et bien. On concédera cependant que cette dualité ne ressort de façon indiscutable que lorsque le débiteur dispose de l'assiette de la sûreté qui confère un droit de suite à son bénéficiaire, celui-ci pouvant alors agir à titre personnel contre son débiteur initial, et à titre réel contre le tiers acquéreur du bien.

¹ Cependant, en vertu du principe d'indivisibilité des sûretés réelles, l'obligation réelle subsiste tant que l'intégralité de la créance garantie n'a pas été payée, v. l'art. 2339 C. civ. et *infra*, n° 559 et s.

² Dans le même sens, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 290, p. 255 : « le créancier dispose de la totalité du patrimoine du débiteur mais, sur le plan théorique, celui-ci est cloisonné en deux portions qualitativement différentes. Dans cette perspective, on observe que, s'il s'en tient à l'obligation personnelle, le créancier peut prétendre mettre en œuvre son droit sur l'entier patrimoine de son débiteur, y compris et a fortiori sur le bien objet de la sûreté réelle. En revanche, c'est en se fondant sur l'inexécution de l'obligation réelle de payer du débiteur que le créancier pourra faire jouer un droit renforcé sur ce bien particulier ».

³ Le constituant de la sûreté réelle, débiteur réel, n'est tenu qu'*intra rem*. Le montant de l'obligation réelle de payer est aligné sur la valeur de l'assiette de la sûreté réelle. Dès lors, peu importe la somme perçue par le créancier lors de la réalisation de la sûreté réelle, l'exécution forcée éteint l'obligation réelle. On ne peut toutefois pas parler d'une dette de valeur ici. Il s'agit simplement d'une obligation monétaire, la somme devant être versée par le débiteur réel étant égale à la plus petite des deux sommes entre le montant de la créance et la valeur de l'assiette. La situation est finalement assez semblable en matière d'obligation personnelle : le débiteur doit verser à son créancier la somme la plus faible entre le montant de la créance et la valeur de son actif au jour de l'appel en paiement, sans que personne ne prétende qu'il s'agit là d'une dette de valeur. Comp. J. François, « L'obligation de la caution réelle », art. précité, n° 18, à propos de la situation du débiteur qui constitue une sûreté réelle en garantie de sa propre dette : « outre son obligation personnelle, ce débiteur, en octroyant la sûreté, s'engage dans les liens d'une obligation pécuniaire constituée sous forme réelle. Il faut ajouter que cette obligation réelle se caractérise par un mode d'évaluation particulier. Elle est exprimée, non pas en monnaie, mais en valeur, puisque son quantum est nécessairement lié à la valeur du bien grevé » (c'est nous qui soulignons).

B) La prestation de règlement révélée par le droit de suite

364. Le tiers acquéreur, un débiteur réel. Lorsque l'assiette d'une sûreté réelle conférant un droit de suite à son bénéficiaire est transférée à un tiers, ce dernier se trouve lié envers lui alors qu'il est étranger à la fois à la dette et à la sûreté¹. Il est donc obligé uniquement à raison de son droit de propriété nouvellement acquis sur le bien, ce qui correspond à la définition de l'obligation réelle². Pourtant, des voix se sont opposées à la reconnaissance d'une obligation pesant sur le tiers acquéreur : en effet, certains estiment qu'il n'est obligé à rien mais est seulement tenu de subir l'exercice du droit de suite, les textes ouvrant un certain nombre d'options en sa faveur³. L'étude de cette question présente un intérêt d'autant plus grand que la réforme du 23 mars 2006, en introduisant dans le Code civil un gage sans dépossession de droit commun, a augmenté le nombre des tiers susceptibles de se trouver dans une telle situation.

365. Cette analyse laisse perplexe. Elle entre en contradiction flagrante avec les termes employés par le Code civil pour décrire le régime applicable au tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué. En effet, ces textes indiquent clairement que le tiers acquéreur est tenu d'obligations, même lorsqu'il n'est pas personnellement obligé à la dette⁴, ce qui laisse apparaître l'existence de son obligation réelle⁵. De plus, le droit de l'exécution forcée traite

¹ Traditionnellement, cette situation ne concernait que le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, v. les art. 2461 et s. C. civ. Depuis la montée en puissance, tout au long du XX^e siècle, des hypothèques mobilières, ainsi que de la réforme du 23 mars 2006 consacrant l'existence du gage sans dépossession de droit commun, le nombre de sûretés conférant un droit de suite a considérablement augmenté, v. not. l'art. 2337, al. 3 C. civ.

² Pour que le créancier exerce son droit de suite sur le bien, encore faut-il que l'aliénation ne vaille pas purge, comme c'est le cas par exemple en matière de vente sur saisie immobilière (art. L. 322-14 CPCE), de vente en cas de redressement ou liquidation judiciaires (art. L. 642-18, al. 4 C. com.) ou de procédure de surendettement (art. R. 742-23 C. conso. pour la vente de gré à gré et R. 742-40 C. conso. pour la vente forcée).

³ M. De Juglart, th. précitée, p. 264 : « le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué [...] supporte une distraction plutôt qu'il n'exécute une obligation, en laissant le créancier se payer sur l'immeuble ou en le payant lui-même » ; J. Derruppé, th. précitée, n° 294, p. 338 : « Il n'est pas exact, par exemple, de parler d'obligation propter rem pour le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Ce tiers n'est pas débiteur, il doit seulement respecter le droit du créancier hypothécaire [...] Lorsqu'il paie le montant de l'hypothèque, il ne fait que restituer amiablement au créancier hypothécaire une valeur économique qui appartient à ce dernier » ; L. Michon, th. précitée, n° 135, p. 131 : « s'il paye toutes les dettes hypothécaires [...] il use alors d'un « droit absolu » ; il ne s'acquitte pas d'une obligation ». Adde, de manière plus générale, L. Aynès, n. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, précitée, n° 7, qui préfère employer le terme de « charge réelle » pour décrire la situation de celui qui est lié par une sûreté réelle : « juridiquement, le paiement de la dette garantie par la sûreté est pour lui un droit, et non une obligation ».

⁴ Ainsi, l'art. 2462 C. civ. affirme qu'à défaut de purge, le tiers est « obligé comme détenteur » ; l'art. 2463 qu'il est « tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve » ; l'art. 2464 que la saisie de l'immeuble ne peut être entreprise que « faute par le tiers détenteur de satisfaire à l'une de ces obligations ».

⁵ En ce sens, C.-B.-M. Toullier, *op. cit.*, n° 346, p. 266 : « Si les immeubles que je vous ai hypothéqués ont passé dans les mains d'un tiers à titre particulier, ils vous demeurent obligés, quoi que sa personne ne le soit pas. L'obligation est donc alors purement réelle. Cependant, quoi que sa personne ne soit pas obligée, il est assujéti au paiement, tandis que l'immeuble obligé reste en sa possession ».

sensiblement de la même manière le débiteur et le tiers acquéreur qui subissent la saisie de leur immeuble¹, faisant ainsi nettement ressortir l'idée que les deux personnes sont des obligés, bien qu'elles ne le soient pas au même titre. Enfin, le raisonnement par l'absurde a déjà été déployé afin de démontrer à quelles extrémités conduirait une réflexion en termes de « droits » ou « facultés » : le tiers acquéreur disposant des facultés de purger, payer, délaisser l'immeuble ou subir la saisie, il pourrait également ne pas opter et le créancier, dépourvu de tout pouvoir de contrainte à son égard, ne saurait obtenir le paiement de sa créance².

366. L'existence de la prestation de règlement – que son exécution soit volontaire ou forcée – étant établie, reste à écarter la deuxième critique adressée par M. Gijssbers à l'encontre de l'obligation réelle, lequel estime qu'elle ne permettrait pas une description exacte de la situation du tiers acquéreur, qui ne supporterait la charge d'aucune dette mais serait seulement tenu de payer celle qui incombe au débiteur principal, l'exercice du droit de suite offrant un second droit de poursuite au créancier³. Là encore, nous répondrons que cette objection fonctionne parfaitement à l'encontre de la théorie de Ginossar, qui n'a pas distingué entre les obligations réelles principales, face passive des droits réels principaux, et l'obligation réelle de garantie, face passive de la sûreté réelle⁴. En revanche, l'analyse proposée, qui se fonde sur l'obligation réelle de garantie, permet de rendre compte de la spécificité du régime protecteur du tiers acquéreur, notamment à travers le principe d'opposabilité des exceptions et la faculté de purge.

367. L'opposabilité des exceptions par le tiers acquéreur. Après la survenance de l'exigibilité de la dette garantie et en l'absence de purge, la caution et le tiers acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté réelle avec droit de suite se trouvent dans des situations proches sans

¹ Les art. R. 321-5 et R. 321-19 CPCE établissent ainsi quelques différences dans les mentions obligatoires que doit comporter le commandement de payer valant saisie, mais alignent ses effets quelle que soit la qualité du saisi.

² J.-J. Ansault, th. précitée, n° 279, pp. 245-247 ; S. Ginossar, *op. cit.*, n° 59, pp. 155-156 : « la seule obligation du tiers détenteur, prolongement de l'obligation passive universelle, serait celle, également passive, de subir la vente du bien hypothéqué s'il manquait à profiter des « faveurs » qui lui sont réservées. Mais, outre qu'un tel raisonnement méconnaît le texte formel de la loi, ne voit-on pas à quels excès il conduit ? Autant dire que nul n'est jamais tenu d'une obligation positive, puisque, quels que soient l'objet et la nature de l'obligation, nemo praecise ad factum cogi potest, de sorte que le paiement de toute dette pourrait tout aussi bien être interprété comme une simple faculté offerte au débiteur pour lui permettre d'échapper à toute contrainte » et « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », art. précité, n. 43, pp. 584-585.

³ C. Gijssbers, th. précitée, n° 153, pp. 150-151.

⁴ Peut-on réellement prétendre que le tiers acquéreur ne supporte aucune obligation qui lui soit propre, alors qu'en cas d'insolvabilité du débiteur principal, c'est lui qui assume la charge définitive de la dette ?

être identiques¹. Ils sont certes tous deux tenus de payer si le débiteur principal n'exécute pas son obligation mais, alors que la caution assume volontairement l'obligation de garantir la dette du débiteur, elle n'est qu'une conséquence du transfert de propriété pour l'ayant cause du constituant de la sûreté réelle. Ses effets sont alors nécessairement atténués dans la seconde hypothèse, l'acquisition de la qualité de garant n'étant qu'un accident. Ces deux débiteurs appartiennent en réalité à la catégorie des tiers dont les biens peuvent être vendus afin d'éteindre une dette qui n'est pas la leur propre et qui subissent à ce titre le « choc » de l'exécution forcée ainsi que les tracas liés aux recours contre le débiteur principal. Il n'est alors pas étonnant de remarquer l'existence de similitudes parmi les protections offertes par leurs régimes. Outre le bénéfice de discussion, dont l'utilité est fortement restreinte en matière de sûretés réelles², le rapprochement s'effectue surtout par le principe d'opposabilité des exceptions.

368. Tout comme la caution, le tiers acquéreur est en mesure d'opposer au créancier poursuivant les exceptions inhérentes à la dette³. Ceci résulte la règle de l'accessoire, l'opposabilité des exceptions en constituant la « *clé procédurale* »⁴ : comme le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable sans excéder ce qui est dû par le débiteur, la caution peut opposer un certain nombre de moyens de défense liés à la créance garantie lorsque le créancier exerce son droit de poursuite⁵. La situation du tiers acquéreur est très proche, car il n'est tenu que d'une obligation réelle de garantir la dette d'autrui, qui est à son service exclusif et qui ne peut donc exister sans le support de l'obligation garantie. L'article 2462 du Code civil met en lumière ce lien d'accessoire entre les deux obligations, lequel pose le principe que le tiers « *jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire* ». On notera toutefois que le

¹ Le droit positif ne sanctionne ainsi la dégradation fautive de l'assiette de la sûreté du fait du tiers acquéreur que par la condamnation à une dette de dommages et intérêts et non par la déchéance du terme. De même, la faculté de purge ne peut être ouverte qu'à celui qui n'a pas volontairement offert un ou plusieurs de ses biens en garantie au créancier. On peut même aller plus loin en affirmant que le tiers acquéreur est maître du destin de l'obligation réelle de garantie : en purgeant, il peut y mettre fin immédiatement, sans avoir à se soumettre au terme convenu entre les parties. Cette distinction entre la volonté de s'obliger à garantir la dette d'autrui et la simple obligation assumée en raison de l'acquisition d'un bien grevé d'une sûreté réelle est essentielle quant à la comparaison entre la « caution réelle » et le tiers acquéreur, v. *infra*, n° 374.

² V., favorable à son maintien, C. Gijsbers, th. précitée, n° 305, p. 304 ; *Contra*, Ph. Théry, *op. cit.*, n° 188, p. 247. A propos du cautionnement réel, v. *infra*, n° 468 et s.

³ Le rapprochement est également réalisé par l'art. 2470 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant, qui établit un parallèle entre la caution et le tiers acquéreur.

⁴ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 63, p. 55.

⁵ Art. 2289, 2290 et 2313 C. civ.

montant de son obligation n'est pas seulement limité par celui de la dette principale, mais aussi par la valeur de l'assiette de la sûreté.

369. Contorsions jurisprudentielles à propos de l'opposabilité de la prescription de la créance garantie. Un arrêt étrange a pourtant semé le doute, rapprochant la situation du tiers acquéreur et du garant autonome¹. La Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi affirmé, le 19 février 2015, que le commandement de payer pouvait être délivré au débiteur après le tiers acquéreur et, surtout, que ce dernier, « *débiteur du droit de suite [...] n'était pas fondé à se prévaloir de la prescription de la créance principale à l'appui de sa demande de mainlevée du commandement de payer valant saisie* »². De nombreux principes fondamentaux du droit des sûretés ont été malmenés par cette décision : la Cour de cassation se comporte comme si l'hypothèque était autonome, sans rapports avec la créance garantie³ ; elle traite de façon plus contraignante le débiteur accessoire que le débiteur principal⁴ ; elle autorise le créancier à s'enrichir par la mise en œuvre de sa sûreté⁵ ; elle semble enfin faire de la purge une obligation, alors qu'elle ne constitue qu'une faculté offerte au tiers acquéreur. La Cour de cassation serait donc bien inspirée de modifier son raisonnement la prochaine fois qu'elle sera amenée à se prononcer sur la question⁶.

370. Un autre arrêt a été rendu dans cette affaire, intéressant cette fois les rapports du créancier et du débiteur principal, à la suite de la tierce-opposition exercée par ce dernier pour faire reconnaître la prescription de son obligation. En raison de la qualité des parties, il était impossible à la Cour suprême de revirer sa jurisprudence, mais cette décision a réduit à néant les conséquences pratiques de l'arrêt rendu en 2015 et apporté un éclairage intéressant dans le débat relatif à l'existence de l'obligation réelle du tiers acquéreur. En effet, par un arrêt du 23

¹ M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.*, n° 1189, p. 768.

² Civ. 2^e, 19 février 2015, *Bull. civ.* II, n° 48 (n° 13-27691) ; *D.* 2015. 964, obs. Ph. Théry.

³ Ph. Théry, obs. précitées.

⁴ En effet, le tiers acquéreur qui paierait la dette et souhaiterait exercer son recours subrogatoire contre le débiteur principal se verrait opposer la prescription de son obligation. Il serait donc tenu de supporter seul la charge de la dette, ce qui est inacceptable, le principe étant que « *le créancier n'a pas plus de droits contre le tiers détenteur que contre le débiteur lui-même* », v. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 535, p. 513.

⁵ Sa créance est prescrite mais il a tout de même le droit d'en demander l'exécution en poursuivant le débiteur accessoire...

⁶ Ce revirement pourrait n'être même pas nécessaire pour en revenir à l'orthodoxie juridique. En effet, l'art. 2470 de l'avant-projet de réforme dispose que le tiers acquéreur « *peut encore, comme le pourrait une caution, opposer au créancier les exceptions relatives à la créance garantie* ».

juin 2016, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a réalisé une scission dans les effets de la prescription selon la qualité des parties¹. Alors que le délai est interrompu vis-à-vis du tiers acquéreur dès la délivrance du commandement de payer valant saisie, il ne peut l'être vis-à-vis du débiteur principal qu'après la signification du commandement de payer mentionnant la délivrance du commandement précédent. Le débiteur peut donc demander lui-même l'extinction de sa créance en raison de la prescription, le tiers acquéreur se prévalant ensuite de cette extinction.

371. On voit donc que le créancier n'est pas titulaire de deux droits de poursuite permettant d'obtenir le paiement d'une seule obligation – car, dans ce cas, l'action du créancier contre le tiers acquéreur devrait être impossible en raison de l'écoulement du délai de prescription –, mais bien de deux droits de poursuite permettant d'obtenir le paiement de deux obligations distinctes, l'une personnelle et l'autre réelle², la deuxième étant l'accessoire de la première. Dans l'affaire ayant donné lieu aux arrêts de 2015 et 2016, le poursuivant était donc fondé à demander au tiers acquéreur l'exécution de sa prestation de règlement, tout comme ce dernier aurait dû être autorisé à lui opposer la prescription de l'obligation principale, faute de signification du commandement de payer dans les délais. Malheureusement, la solution de 2015 ne pourra être renversée avant quelque temps, car les faits qui ont donné lieu à cette décision sont peu fréquents. En effet, en pratique, l'écrasante majorité des acquéreurs de biens grevés de sûretés réelles conférant un droit de suite préfèrent exercer leur faculté de purge.

372. La faculté de purge offerte au tiers acquéreur. Les développements précédents, concernant des situations assez exceptionnelles, sont essentiellement théoriques. En pratique, la protection du tiers acquéreur passe par la purge des inscriptions, c'est-à-dire l'offre d'un prix suffisamment proche de la valeur vénale du bien grevé pour que les créanciers inscrits se contentent d'exercer leurs droits dessus sans passer par la procédure de vente aux enchères. On a ainsi pu affirmer, non sans humour, que « *le droit de suite fait partie des institutions utiles,*

¹ Civ. 2^e, 23 juin 2016, n° 15-14633 ; *RTD Civ.* 2017. 209, obs. Ph. Théry : « *le commandement de payer valant saisie immobilière que le créancier hypothécaire, titulaire d'un droit de suite, fait signifier au tiers détenteur ne produisant les effets attachés à cette mesure d'exécution qu'à l'égard de celui-ci, le délai de prescription de la créance du poursuivant contre le débiteur n'est interrompu que par la signification qui est, en outre, faite à ce dernier du commandement de payer mentionnant que le commandement valant saisie immobilière est signifié au tiers détenteur* ».

² V., dans un sens similaire, Ph. Théry, obs. précitées.

mais qui ne servent pas »¹, alors que la purge est au cœur de toutes les attentions : c'est « *une des pièces maîtresses du droit hypothécaire* »², « *un mécanisme central* »³ ou encore « *la clé de voûte de l'exercice du droit de suite* »⁴.

373. La faculté de purge est effectivement essentielle à l'équilibre de la sûreté réelle avec droit de suite. Sans elle, le tiers acquéreur qui a payé le prix d'acquisition devrait ensuite payer le créancier ou subir la saisie de son bien, avant d'exercer un recours contre le vendeur, ce qui constituerait une perte de temps ainsi qu'un frein considérable à la circulation des biens grevés⁵. A la procédure classique exposée par la Code civil⁶ a été substituée une procédure amiable menée par le notaire, intégrée au Code dans son article 2475 par l'ordonnance de 2006⁷. Désormais, une fois que le notaire a informé les créanciers inscrits sur le bien du projet de vente, il suffit à l'acquéreur de verser entre les mains de l'officier public une somme affectée au paiement des créanciers privilégiés. S'ils considèrent que cette somme est suffisamment proche de la véritable valeur du bien grevé, son paiement vaut purge des inscriptions. Dans le cas contraire, il faut passer à la procédure judiciaire de vente aux enchères. Lorsque la procédure amiable va à son terme, l'obligation réelle du tiers acquéreur est révélée : tenu seulement à raison de son droit de propriété sur le bien et dans la limite de la valeur du bien, sa dette est acquittée dès lors que les créanciers estiment que le prix offert est suffisant. Ils peuvent donc accepter un paiement partiel, avant même l'exigibilité de leur créance, dès lors qu'une somme équivalant à la valeur vénale du bien est mise à leur disposition. C'est que la purge « *repose sur une idée simple : les droits que peuvent exercer les créanciers inscrits contre le tiers acquéreur sont renfermés dans les limites de la valeur du bien ; le nouveau propriétaire va prendre les devants en leur offrant cette valeur. Peu importe qu'elle soit inférieure au montant des créances*

¹ Ph. Théry, *op. cit.*, n° 187, p. 247.

² *Ibid.*, n° 189, p. 248.

³ C. Gijsbers, th. précitée, n° 308, p. 306.

⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1193, p. 936.

⁵ C. Gijsbers, th. précitée, n° 308, p. 307 ; Ph. Théry, *op. cit.*, n° 189, p. 249.

⁶ Aux art. 2476 et s. C. civ. Pour une description de la procédure classique, qui n'a plus qu'une « *valeur prophylactique* » de nos jours, v. not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 544 et s., p. 519 et s.

⁷ La consécration légale de cette procédure prive sans doute d'intérêt la fameuse « *clause de nantissement de prix* », par laquelle l'acquéreur du bien grevé s'assurait que les fonds versés entre les mains du notaire seraient spécialement affectés au désintéressement des créanciers inscrits, ruinant ainsi l'efficacité des saisies effectuées par les créanciers du vendeur, v. *infra*, n° 570 et s.

inscrites »¹. Comment mieux dire que la purge amiable démontre l'existence d'une obligation réelle qui lie son débiteur uniquement *intra rem* ?

374. Il ne faut toutefois pas oublier que la purge est une faveur offerte au tiers acquéreur qui n'a pas entendu s'engager à garantir la dette du débiteur principal. Il subit l'existence de l'obligation réelle de garantie. Le régime juridique applicable au tiers acquéreur ne peut donc être transposé au constituant d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui, car ce dernier a donné son consentement à la création de la sûreté². Il a pleinement voulu que l'obligation réelle de garantie vienne à la vie et doit donc respecter les prévisions du créancier. La purge ne peut donc participer de sa protection, contrairement à nombre de dispositions appartenant au droit du cautionnement du fait de l'expression de sa volonté de garantir la dette d'un tiers.

375. Conclusion de la section 2. Il est d'usage d'affirmer que la sûreté confère un droit d'agir supplémentaire au créancier bénéficiaire. On peut désormais aller plus loin et dire que la sûreté crée toujours une obligation de garantie pesant sur le constituant au profit du créancier, qu'il s'agisse d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle.

La physionomie de cette obligation dépend toutefois de la sûreté considérée. Dans notre matière, il s'agit d'une obligation réelle, qui pèse sur le propriétaire du bien grevé ou le titulaire du droit réel principal et le lie *intra rem*, c'est-à-dire seulement sur une partie limitée de son patrimoine, l'assiette de la sûreté. Cette obligation évolue dans le temps en se calquant très exactement sur les besoins du créancier. Ainsi, jusqu'à l'exigibilité de la créance garantie, alors que ce dernier a besoin d'être assuré de ses chances de remboursement en cas de défaillance du débiteur, la prestation attendue se limite à la conservation de l'assiette. La liberté patrimoniale du constituant est réduite, ce qui se traduit notamment par l'existence d'une action paulienne « spéciale » aux conditions assouplies, permettant ainsi au créancier de disposer de la confiance nécessaire à toute opération de crédit.

En revanche, si le débiteur est défaillant au jour de l'exigibilité de la créance garantie, le créancier peut invoquer l'inexécution de sa prestation de règlement pour bénéficier d'un certain

¹ Ph. Théry, *op. cit.*, n° 189, p. 248.

² Comp. P. Crocq, « La caution réelle, la caution personnelle et le tiers détenteur », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, n° 24, p. 12 : « les différences de situation sont, elles, liées au fait que la caution réelle a voulu, dès le départ, garantir la dette d'autrui, ce qui n'est pas le cas du tiers détenteur ».

nombre d'avantages. Agissant contre le débiteur lui-même, il bénéficie souvent de dérogations au droit de l'exécution forcée qui sont attachées à l'obligation réelle, dans la limite de la valeur de l'assiette de la sûreté : la prestation réelle de règlement a ainsi pour objet la plus faible des deux sommes entre le montant de la créance garantie et la valeur du ou des biens grevés. Agissant contre le tiers acquéreur de son assiette lorsque la sûreté confère un droit de suite, il bénéficie d'un débiteur accessoire dont la situation est proche de celle d'une caution obligée de payer la dette d'autrui à titre de garantie, si ce n'est que le tiers acquéreur n'a pas consenti à jouer le rôle d'un garant. Pour autant, la prestation réelle de règlement se révèle une fois de plus à travers la procédure de purge, lui permettant de se libérer en payant une somme équivalant à la valeur vénale du bien grevé.

376. Conclusion du chapitre. La distinction des sûretés réelles et personnelles n'est pas si absolue qu'on le dit d'ordinaire. L'affectation de l'assiette de la sûreté réelle, créatrice d'une rupture d'égalité entre les créanciers, ainsi que la nécessité pour les sûretés personnelles de mettre en jeu au moins trois patrimoines constituent deux différences techniques importantes, mais le but commun des sûretés les rapproche sur de nombreux points.

C'est d'abord l'étendue de la sûreté qui conduit à relativiser la distinction. L'assouplissement considérable du principe de spécialité des sûretés réelles aboutit à la possibilité de voir se généraliser en droit français des garanties réelles ayant une ampleur proche du cautionnement *omnibus*, c'est-à-dire offrant une grande partie du patrimoine du débiteur en garantie de l'ensemble de ses dettes envers un seul créancier. L'existence d'une rupture d'égalité perpétuelle entre les créanciers du constituant pose néanmoins un problème qui devrait se résoudre par la mise en œuvre d'une distinction tirée du droit des sûretés personnelles : la protection des particuliers pourrait imposer la prohibition de la constitution de telles sûretés *omnibus* à assiette flottante, alors que les professionnels seraient autorisés à y avoir recours.

C'est ensuite et surtout la position du constituant qui rapproche les deux catégories de sûretés. La sécurité du créancier passe systématiquement par la création d'une obligation de garantie à la charge du constituant, obligation qui se divise en deux prestations : la couverture et le règlement. L'obligation réelle de garantie qui naît de la constitution de la sûreté réelle a pour particularités le mode de désignation de son débiteur – le titulaire du droit de propriété ou du droit réel principal sur l'assiette – ainsi que son étendue – le débiteur réel est tenu seulement

intra rem. Avant l'exigibilité de la créance, le constituant est tenu d'adopter un comportement propre à faire naître la confiance du titulaire de la sûreté, c'est-à-dire de tout faire pour conserver son droit de gage spécial. A défaut, il se voit privé du bénéfice du terme. Après l'exigibilité de la créance, l'inexécution de la prestation de règlement offre au bénéficiaire des avantages exorbitants par rapport au régime applicable aux créanciers chirographaires : ou bien l'octroi de dérogations au droit de l'exécution forcée, ou bien, lorsque la sûreté confère un droit de suite, la possibilité de poursuivre un débiteur accessoire dans la limite de la valeur de l'assiette.

L'intérêt du rapprochement de la sûreté réelle pour soi-même et des sûretés personnelles n'est pas purement théorique. Si toute sûreté fonctionne par la création d'une obligation de garantie, le « cautionnement réel » obéit également à ce modèle. Son hybridité vient simplement de ce que la sûreté réelle pour autrui consiste en la création d'une obligation réelle de garantir la dette d'autrui. Empruntant des éléments à chaque famille de sûretés, son régime juridique devrait refléter cette hybridité.

Chapitre 2 : Le cautionnement réel, entre sûreté réelle et sûreté personnelle

377. Les affres de la polysémie. « *Le cautionnement réel est comme bien d'autres vieilles institutions : trop ancien et d'un usage trop banal pour que l'idée vienne qu'au fond on le connaît mal. Il fait penser à ces gens qu'on a depuis longtemps l'habitude de croiser sur son chemin et qu'on n'aborde pas, dont le visage est familier et dont on ne se dit plus qu'on n'en sait presque rien* »¹. Dans les années 1980, Grua avait parfaitement identifié la source principale des maux qui allaient affecter le « cautionnement réel » : le flou entourant sa nature.

378. Pour éviter de souffrir des « *affres de la polysémie* », il faut distinguer le véritable « cautionnement réel » des autres combinaisons entre sûretés réelles et personnelles qui s'en rapprochent, mais sont néanmoins distinctes². Seule mérite cette appellation la véritable sûreté réelle pour autrui, par laquelle un tiers s'engage à garantir la dette du débiteur principal en constituant une sûreté réelle. En revanche, le montage par lequel un tiers confère au créancier un cautionnement personnel, puis contre-garantit son engagement par l'octroi d'une sûreté réelle n'en est pas un. La sûreté réelle garantit ici l'exécution de l'engagement de la caution, c'est-à-dire sa propre dette³. De même, un tiers pourrait consentir à la fois un cautionnement et une sûreté réelle pour garantir la dette principale, la sûreté réelle constituant la mesure et la limite de l'engagement de caution. Dans les deux dernières hypothèses, l'application des règles du droit du cautionnement ne fait aucun doute, car le tiers consent un cautionnement « classique » en s'engageant personnellement au profit du créancier. La question ne se pose – et n'a d'intérêt – que lorsque l'on fait face à une « simple » sûreté réelle donnée pour garantir la dette d'autrui. Elle seule sera étudiée dans la suite des développements.

¹ F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP N* 1986, art. 100093, n° 1.

² P. Crocq, « Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie », *RTD Civ.* 1999. 152. Adde M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 410, p. 294 ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 78, pp. 77-78 ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 548, p. 8 ; S. Prigent, obs. sous Com., 21 mars 2006, *LPA* 31 mai 2006, p. 17 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 72, pp. 65-66. Sur cette distinction, v. également l'art. 22 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés de l'OHADA : « *La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens. Elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté* ».

³ Sur un tel montage, v., par ex., Civ. 1^e, 9 janvier 2019, n° 17-19570.

379. L'histoire chaotique de la sûreté réelle pour autrui. L'histoire récente de la sûreté réelle pour autrui n'est vraiment pas un long fleuve tranquille. Initialement dédaignée par la pratique, qui lui préférait les garanties personnelles en raison d'un formalisme jugé trop lourd¹, elle a ensuite pu être qualifiée de « *contraire de l'Arlésienne* » car « *on [la] vo[ya]it souvent mais on n'en parl[ait] guère* »², à la fin du XX^e siècle. La raison de son utilisation fréquente n'est un mystère pour personne : combinant pour le créancier les qualités des deux familles de sûretés, c'est-à-dire la titularité d'un droit de poursuite contre un tiers ainsi que la possibilité d'échapper à l'égalité entre les créanciers du garant, elle permet également au débiteur d'obtenir du crédit sans avoir à fournir une sûreté sur ses propres biens, tandis que le garant est assuré de ne pas être poursuivi par le bénéficiaire sur d'autres biens que ceux qui ont été affectés à la sûreté de la dette du débiteur principal. Toutes les parties à l'opération pouvant légitimement s'estimer satisfaites³, le « cautionnement réel » apparaissait comme une sûreté idéale.

380. L'absence de contentieux sur la mise en œuvre de la sûreté réelle pour autrui était certes une preuve de sa grande efficacité, mais elle a contribué à laisser dans l'ombre une question essentielle : sa nature. Cette garantie présente le défaut de ses qualités car, en raison de l'addition de tous les avantages propres aux sûretés réelles et personnelles, elle se range difficilement dans l'une des deux catégories. Alors que, traditionnellement, le « cautionnement réel » était vu comme une sûreté hybride à laquelle il fallait appliquer cumulativement certaines règles du cautionnement et le régime de la sûreté réelle choisie⁴, l'inflation constante du nombre de dispositions protectrices des cautions inspirée par la philosophie consumériste a rendu cet

¹ J. Soulié, *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, th. Toulouse, Imprimerie Cléder, 1913, p. 140 et s.

² J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 546, p. 7.

³ J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 40, 2009, n° 7, pp. 8-10 ; F. Grua, « Le cautionnement réel », art. précité, n° 2 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. et loc. cit.* Il n'est ainsi pas étonnant que les SCI y recourent fréquemment, même aux fins de garantir les emprunts contractés par leurs associés, dans la limite du respect de l'intérêt social (v. B. Savouré, « Le point sur le cautionnement réel », *Dr. et Patr.* juill. 2003), tout comme les investisseurs sont friands du nantissement de compte-titres pour autrui afin d'augmenter leurs chances de remboursement dans les opérations de financement de projet, voire de prendre le contrôle de la société *ad hoc* en cas de difficultés sérieuses du débiteur (J. L'Homme, « Réalisation du nantissement d'actions de société ad hoc ou de projet : « substitutions » réciproques aux effets inappropriés (?) », *RDBF* nov. 2012, étude 29, n° 1-2).

⁴ V. not. G. Baudry-Lacantinerie et P. De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil – Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, T. 2, L. Larose et Tenin, Paris, 1906, n° 1292, pp. 406-407 ; A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, T. VIII, par E. Colmet de Santerre, Plon, 1884, n° 303 bis I, pp. 372-373 : « *Le gage donné par un autre que le débiteur est une opération qui, dans ses motifs, rappelle le cautionnement. Celui qui donne le gage cherche à rendre service à une personne en lui procurant du crédit [...] Comme la caution, le tiers qui a donné un gage aura, le cas échéant, un recours contre le débiteur* » ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. III, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd. par Ph. Jestaz, 1987, n. 2, p. 117 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, *Les sûretés réelles*, LGDJ, 2^e éd. par E. Becqué, 1953, n° 415, pp. 381-382.

agement très fragile. C'est ainsi qu'au début du XXI^e siècle l'édifice du « cautionnement réel » a volé en éclats. Les juges étaient interrogés de plus en plus régulièrement sur des points de droit nécessitant de se prononcer sur sa nature exacte et donc sur l'importance respective de ses composantes personnelle et réelle. Il est alors entré dans une « zone de turbulences »¹, subissant les conflits entre Chambres de la Cour de cassation et les multiples revirements de jurisprudence. L'histoire récente du « cautionnement réel » peut être résumée, de manière très schématique, en trois phases. Tout d'abord, dans les années 1999-2000, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a affirmé la nature de pure sûreté réelle de notre objet d'étude², excluant ainsi tout engagement personnel à la charge du constituant, sans que la Chambre commerciale ne lui emboîte le pas. Deux ans plus tard, par trois arrêts retentissants du 15 mai 2002, la même Chambre a développé une analyse dualiste du « cautionnement réel », estimant que l'obligation personnelle contractée par le constituant pouvait prendre le relais de la sûreté réelle devenue inefficace et permettait ainsi de préserver la sécurité du créancier³. Cette brève reconnaissance de l'existence d'une obligation personnelle à la charge du garant par la Première Chambre civile n'a pas calmé la controverse, notamment doctrinale, ce qui a conduit à la saisine d'une Chambre Mixte. Par un arrêt du 2 décembre 2005, celle-ci a mis fin au débat de façon lapidaire, refusant l'application de l'article 1415 du Code civil au cautionnement réel au motif « *qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui [...] n'éta[i]t pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas* »⁴.

¹ J.-J. Ansault, th. précitée, n° 9, p. 11.

² V. Civ. 1^e, 4 mai 1999, *Bull. civ. I*, n° 144, p. 96 (n° 97-15378), permettant au créancier d'invoquer l'exigibilité immédiate de sa créance pour agir contre la « caution réelle » en cas de déchéance du terme subie par le débiteur ; Civ. 1^e, 1^{er} février 2000, *Bull. civ. I*, n° 33, p. 21 (n° 98-11390), refusant à la « caution réelle » le bénéfice de l'obligation d'information prévue pour les cautions par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 ; Civ. 1^e, 29 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 69, p. 47 (n° 98-10902), affirmant que l'emploi du terme « solidaire » dans l'acte constitutif d'un « cautionnement solidaire et hypothécaire » ne pouvait avoir pour effet d'engager le garant à titre personnel sur la totalité de son patrimoine.

³ Civ. 1^e, 15 mai 2002, *Bull. civ. I*, n° 127, 128 et 129, pp. 98-99 (n° 00-13527, 00-15298 et 99-21464).

⁴ Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Bull. mixte*, n° 7, p. 17 (n° 03-18210) ; *D.* 2006. 733, n. L. Aynès ; *RDC* avril 2006, p. 454 et s., obs. M. Grimaldi ; *Deffrénois* 2006, n° 7, p. 586, obs. R. Libchaber ; *RLDC* fév. 2006, p. 23, obs. M. Mignot. Près de deux cents ans auparavant, la Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens, v. Civ., 25 novembre 1812, *S.* 1812. 1. 177 : « *Vu les articles 2011 et 2015 du Code Napoléon ; Considérant qu'il résulte du premier de ces articles que le cautionnement est un acte par lequel un tiers s'oblige de payer une dette, en cas que le débiteur ne l'acquitte pas lui-même ; qu'il est de l'essence d'un engagement de ce genre que celui qui le contracte s'oblige personnellement envers le créancier ; que, si au lieu de s'obliger personnellement il ne fait que promettre de livrer ou engager à titre de garantie des propriétés mobilières ou immobilières, il peut résulter de ces stipulations un acte de nantissement, une antichrèse, une affectation hypothécaire, mais non un cautionnement tel que le définit le Code Napoléon* ».

381. Etat du droit positif : l'inapplicabilité du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui. La jurisprudence est solidement fixée depuis lors. Les juges écartent méthodiquement l'application de toutes les dispositions du droit du cautionnement à ce qu'il convient désormais d'appeler la sûreté réelle pour autrui¹. Dépourvue de tout engagement personnel, cette sûreté ne mérite plus la qualification de cautionnement. Il est alors logique que son constituant ne bénéficie pas des obligations d'information à la charge du créancier, de l'exigence de proportionnalité de son engagement et du devoir de mise en garde du banquier, des bénéfices de discussion, division et subrogation, ainsi que des nullités attachées au défaut de respect des mentions manuscrites².

382. Plan. Si la répétition des solutions suffisait à elle seule à emporter la conviction, il faudrait enterrer définitivement le concept de « cautionnement réel ». Il n'en est rien : l'avant-projet de réforme du droit des sûretés porté par l'Association Henri Capitant prévoit en effet le retour de l'expression bannie par la décision de 2005 dans son article 2291. Ses auteurs ont même pris la peine de préciser que cet apport avait pour but de « *mettre à néant* » les nombreux arrêts rendus depuis cette date. Ils estiment donc que la Cour de cassation se trompe sur la nature de la sûreté, ce qui entraîne des conséquences néfastes sur son régime. On ne peut que les approuver³.

En effet, la position de la Cour de la cassation quant à la nature de la sûreté réelle pour autrui ressemble fort à une pétition de principe. Elle considère que le constituant d'une telle sûreté ne prend aucun engagement personnel de garantir la dette principale – ce à quoi nous souscrivons –, mais elle déduit de cette absence que la sûreté réelle pour autrui ne saurait être

¹ Il est à noter que la solution retenue par la Cour de cassation n'est pas inconnue à l'étranger. V., par ex., l'arrêt n° 156/2016 rendu le 27 octobre 2016 par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. Dans cette affaire, le constituant d'une hypothèque garantissant le solde du compte courant d'une société réclamait l'application de l'art. 4 ancien de l'Acte uniforme (14 actuel) pour obtenir l'annulation de la sûreté consentie sans l'assistance de témoins alors qu'il était illettré. La Cour rejette fermement son pourvoi, affirmant que « *l'article 4, alinéa 3, de l'Acte uniforme précité, dont la violation est invoquée, traite de la formation du cautionnement, sûreté personnelle, alors qu'en l'espèce la sûreté dont la réalisation est entreprise est une sûreté réelle* ».

² Sur ces exclusions et leur appréciation critique, v. *infra*, n° 449 et s.

³ Comp., très critique sur le texte de l'avant-projet, J.-D. Pellier, « Une certaine idée du cautionnement », *D.* 2018. 686, n° 4. V. également A. Gouëzel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018. 678, estimant que le législateur ferait bien d'indiquer expressément quelles règles du cautionnement personnel devraient s'appliquer au « cautionnement réel ». Une modification à l'avant-projet de réforme a été réalisée en ce sens lors d'une réunion du 16 mars 2019, au cours de laquelle il a été décidé que l'art. 2324, al. 3 indiquerait que « *le tiers, caution réelle, bénéficie des dispositions des articles 2297 bis, 2303, 2304, 2311 à 2316 et 2319* ».

qualifiée de cautionnement. Cette conséquence nous paraît excessive¹. Le garant consent tout de même à supporter une obligation de garantir la dette d'autrui. Il est donc possible de démontrer que, même si leurs modalités sont distinctes, les obligations assumées par la caution personnelle et le tiers constituant d'une sûreté réelle pour autrui ont la même nature (**Section 1**). Une fois l'existence de l'obligation réelle de garantir la dette d'autrui mise en lumière et le concept de « cautionnement réel » réhabilité, il faudra s'intéresser à son régime. Fort heureusement, la voie à suivre a déjà été partiellement tracée par le législateur en matière de procédures collectives. Il faudra alors poursuivre, dans la limite du raisonnable, la construction d'une égalité de traitement entre les différentes cautions lorsque le débiteur principal est *in bonis* (**Section 2**).

Section 1 : La qualification de cautionnement

383. Plan. Celui qui consent à la constitution d'une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens pour garantir la dette d'un tiers confère au bénéficiaire un droit de poursuite supplémentaire, préférentiel ou exclusif², lui permettant de rompre l'égalité avec ses propres créanciers. « *Si cela va bien sans le dire, cela irait encore mieux en le disant* »³... Derrière ses allures de lapalissade, cette affirmation est pourtant fondamentale : la garantie empruntant des caractéristiques aux deux familles de sûretés, toute analyse moniste du « cautionnement réel » est condamnée d'avance (§1).

Un traitement cohérent des difficultés posées par cette figure nécessite alors de déterminer la mesure exacte des éléments empruntés aux sûretés réelles et personnelles. Le rapprochement

¹ V., déjà, Ph. Simler, « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », *JCP G* 2001. I. 367, n° 29 : « L'affirmation selon laquelle le cautionnement réel est une sûreté réelle mérite pleine approbation. Elle aura permis d'extraire le cautionnement réel du brouillard qui en obscurcissait la perception. Dire qu'elle n'est pas un cautionnement personnel n'est qu'une autre manière d'exprimer la même chose. Franchir un pas de plus en affirmant qu'il n'est pas un cautionnement, c'est faire un pas de trop ». Adde M. Grimaldi, « Synthèse », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, n° 6, p. 81 : « pour justifier que le cautionnement réel n'entre pas dans les prévisions de l'article 1415, il n'était pas nécessaire d'affirmer péremptoirement qu'il n'est pas un cautionnement ; il eût suffi de dire qu'il est un cautionnement sur lequel la sanction prévue par ce texte est sans prise, puisque l'on ne saurait restreindre un gage que le cautionnement réel ne confère pas ».

² Sur la possibilité de constituer un cautionnement réel par fiducie, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 392 et s., p. 367 et s. ; P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *RPC* janv.-fév. 2009, dossier 10, n° 6.

³ Cette citation de Talleyrand conclut la thèse de M. Ansault, v. n° 669, p. 627.

de ces deux catégories – entamé précédemment¹ – nous permet de proposer la solution suivante : le « cautionnement réel » crée une obligation réelle de garantie à la charge du constituant, comme toute sûreté réelle, mais il s'agit ici d'une obligation de garantir la dette d'autrui, élément fondamental des sûretés personnelles. L'originalité de la constitution d'une sûreté réelle pour autrui vient donc de qu'elle peut être analysée comme créatrice d'une obligation réelle de garantir la dette d'autrui (§2).

§1) Le rejet des analyses monistes de la sûreté réelle pour autrui

384. Plan. La nature hybride de la sûreté réelle pour autrui ressort de façon assez claire. Ni oiseau ni rat², elle est rétive à se laisser enfermer dans une des catégories classiques du droit des sûretés³. De manière générale, les études du « cautionnement réel » cherchant à l'assimiler à toute force à une pure sûreté réelle ou à une pure sûreté personnelle laissent un profond sentiment d'insatisfaction, tant du point de vue de sa nature que de son régime (**A**). Dès lors, le salut se trouve dans une théorie dualiste de la sûreté réelle pour autrui, qui doit prendre en compte à la fois l'engagement pour autrui et la rupture d'égalité entre les créanciers du constituant. Il faut toutefois prendre garde à ne pas « éclater » la sûreté entre ses différentes composantes (**B**).

A) L'impasse des théories monistes

385. « Cautionnement réel » et cautionnement personnel. A première vue, il pourrait paraître incongru d'imaginer classer la sûreté réelle pour autrui parmi les sûretés personnelles, plus précisément dans la catégorie des cautionnements. Cependant, à y regarder de plus près, l'idée ne semble plus si absurde. Elle se réclame tout d'abord d'une conception extensive de la

¹ V. *supra*, n° 271 et s.

² Pour la référence à la fable de La Fontaine, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 1, pp. 1-2 ; J. Hauser, obs. sous Civ. 1^{er}, 2 décembre 1997, *RTD Civ.* 1998. 342.

³ Comp. F. Grua, « Le cautionnement réel », art. précité, n° 5 : « *Il est illusoire de croire que le cautionnement réel ne soulève pas d'autres difficultés que celles des sûretés dans le moule desquelles on entend le couler : en épousant les contours de l'une, il n'entre plus dans ceux de l'autre* ».

notion de « cautionnement », inspirée du mécanisme romain de l'*intercessio*. Celui-ci réunissait en effet sous la même bannière les sûretés personnelles et réelles pour autrui, le critère essentiel étant la prise d'un engagement pour la dette d'autrui¹. Les rédacteurs du Code civil ont, semble-t-il, été influencés par cette technique, étant donné qu'ils insistaient avant tout sur le contenu de l'obligation de la caution – exécuter l'obligation du débiteur s'il ne le fait pas lui-même – bien plus que sur sa nature². Il ne faut alors pas s'étonner de lire fréquemment, sous la plume de la doctrine, que l'article 2288 du Code civil doit s'analyser comme fixant les contours d'un concept plutôt que comme une définition rigoureuse du cautionnement³. Partant, toute personne qui se soumettrait envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur principal, s'il ne l'exécute pas lui-même, devrait mériter la qualité de caution, peu importe que la sûreté constituée soit personnelle ou réelle : *ubi lex non distinguit...* Celui qui constitue une sûreté réelle pour garantir la dette d'autrui s'engageant à titre accessoire et subsidiaire, la qualification de « caution » serait justifiée.

386. De même, le cautionnement constituant l'archétype des sûretés pour autrui, l'on serait tenté de faire profiter le constituant d'une sûreté réelle pour autrui du régime protecteur de la caution tant envers le créancier, avant le paiement, que dans les rapports avec le débiteur principal et d'éventuels cofidéjusseurs, après le paiement. Il faudrait alors reconnaître au garant la possibilité d'invoquer les bénéfices de discussion, division et subrogation, le placer sous la protection du Code de la consommation lorsqu'il s'agit d'une personne physique et lui accorder la titularité des recours personnel et subrogatoire. L'application pure et simple du régime du cautionnement se recommanderait alors de la nature d'opération accessoire, de garantie, à trois personnes de la sûreté réelle pour autrui.

¹ L'*intercessio cumulativa* du droit romain était un « engagement pris pour la dette d'autrui » et qui pouvait consister « en un cautionnement par lequel [le garant] se porte débit[eur] à côté du tiers ou en une constitution de sûreté réelle faite par [lui] pour la dette du tiers », v. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 8^e éd., 2003, p. 835 et s. C'est ainsi que, considéré comme un acte dangereux, il a pu être interdit aux femmes.

² V. not. le discours de Treilhard au Corps législatif, dans lequel l'orateur traite essentiellement de l'objet du cautionnement, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 38 et s.

³ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 38, p. 35, estimant que cet article est « plus descriptif que conceptuel » ; G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, n° 6, p. 79, qui place l'ancien article 2011 du Code civil parmi « la kyrielle des dispositions qui, réunissant les éléments caractéristiques d'une notion, n'énoncent pas, en la forme, leur définition » ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003, n° 269, p. 223 : « il est exact que le Code civil énonce davantage une notion du cautionnement qu'une définition digne de ce nom ».

387. Un rapprochement partiel. Néanmoins, cette présentation n'est pas satisfaisante. D'une part, un grand nombre d'auteurs estiment que le régime fixé aux articles 2288 et suivants du Code civil ne concerne que le cautionnement personnel¹. La nature de l'obligation du constituant d'une sûreté réelle pour autrui ferait alors barrage à l'application de ces dispositions. D'autre part, cette théorie ne correspond absolument pas à la réalité, ce qui constitue un obstacle tout à fait dirimant. Une analyse sommaire du mécanisme du « cautionnement réel », distinguant les relations entre le constituant et le bénéficiaire d'une part, entre le bénéficiaire et les autres créanciers du constituant d'autre part, suffit à s'en convaincre. Dans les rapports unissant le constituant de la sûreté et le bénéficiaire, l'essentiel se situe dans le cantonnement de son engagement aux biens expressément affectés en garantie. Le tiers garant n'entend exposer qu'une portion limitée de son patrimoine au risque de saisie en cas de défaillance du débiteur principal². A ce titre, en se limitant à une analyse superficielle de la situation, la position dans laquelle se trouve le constituant d'une sûreté réelle pour autrui n'est effectivement pas sans rappeler celle de la caution personnelle qui limite expressément son engagement à certains de ses biens.

388. La différence entre les engagements pris par les deux garants est en revanche mise en lumière lorsque l'on examine les rapports opposant le bénéficiaire de la sûreté aux autres créanciers du garant. En matière de « cautionnement réel », le créancier n'est pas un simple chirographaire payé au marc le franc en cas d'insolvabilité du constituant de la sûreté, car il bénéficie d'une véritable affectation de biens qui rompt l'égalité avec ses concurrents et lui permet de les primer. Rien dans le régime du cautionnement personnel n'est à même de produire un tel résultat : le bénéficiaire d'un cautionnement personnel limité ne peut en aucun cas exercer un droit de regard et de critique accru quant aux actes passés sur l'assiette de la sûreté. Il est,

¹ V. not. L. Aynès, obs. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, précitées ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Traité de droit civil – Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 276 et s., p. 189 et s. ; J. Lelieur, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », *RRJ* 2007-3, n° 13, pp. 1245-1246 : « Avant l'arrêt de la Chambre mixte du 2 décembre 2005, le constituant d'une sûreté réelle pour autrui bénéficiait de l'application de certaines dispositions régissant le cautionnement du simple fait qu'il était considéré comme une caution [...] Cette démarche s'appuyait sur une définition large du cautionnement, comprenant non seulement l'engagement personnel, mais encore l'engagement réel destiné à garantir la dette d'autrui. Cette définition prenait quelque liberté avec la lettre de l'article 2288 du Code civil [...] L'utilisation de la forme réfléchie [« se soumet »] laisse en effet entendre que la caution s'engage elle-même, donc personnellement, à payer la dette du débiteur principal ».

² En ce sens, M. Grimaldi, obs. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *RDC* avril 2006, p. 454 et s., n° 2 : « celui qui gage ou hypothèque l'un de ses biens en garantie de la dette d'un tiers entend a priori n'engager que ce bien, à l'exclusion de tout autre ; dans son esprit, ce bien cantonne son engagement, non pas seulement en valeur, mais aussi en nature ».

comme tout chirographaire, tenu de subir les fluctuations du patrimoine de son débiteur, ici la caution personnelle. De même, si l'objet de la garantie est vendu, seul le droit de suite appartenant au régime des sûretés réelles permet au bénéficiaire de la sûreté de le suivre entre les mains du nouveau propriétaire. La différence se fait également sentir en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du garant¹. L'intégration de la sûreté réelle pour autrui dans le champ des sûretés personnelles ne peut donc qu'être partielle.

389. « Cautionnement réel » et sûretés réelles. L'intégration totale de la sûreté réelle pour autrui au droit des sûretés réelles est plus satisfaisante pour l'esprit. Celui qui constitue une hypothèque, un gage, un nantissement ou une fiducie-sûreté pour autrui consent avant tout une sûreté réelle sur ses biens au créancier. Il s'agit de la position jurisprudentielle retenue depuis l'arrêt rendu par une Chambre Mixte le 2 décembre 2005, qui conduit à qualifier la sûreté réelle pour autrui de pure sûreté réelle. Elle doit alors être constituée en suivant le régime de la sûreté réelle choisie, sans avoir à respecter la mention manuscrite du droit du cautionnement². Elle n'offre au créancier un droit que sur l'assiette de la sûreté³, à l'exclusion des autres biens du patrimoine du tiers garant⁴ et ne peut en aucun cas justifier une condamnation à payer dans la limite de la valeur du bien⁵. Aucune des protections spécifiques du droit du cautionnement ne peut être appliquée au constituant car, la sûreté réelle s'épanouissant dans les rapports entre créancier et constituant, la présence d'un débiteur principal serait bien souvent indifférente : il est alors inutile d'informer le garant des incidents de paiement du débiteur principal et de sa faculté de résiliation de la sûreté⁶, tandis qu'il n'a aucun droit à se prévaloir des bénéfices de discussion, division⁷ et de subrogation⁸. S'il dispose tout de même de recours contre le débiteur

¹ V. *infra*, n° 443 et s.

² Civ. 1^e, 13 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 172, p. 115 (n° 96-16087) : « s'agissant d'un cautionnement réel, en l'occurrence un nantissement de valeurs mobilières non assorti d'un engagement personnel, les dispositions de l'article 1326 du Code civil ne sont pas applicables » ; Civ. 1^e, 22 septembre 2016, n° 15-20664.

³ V. not. l'art. 2334 C. civ. : « Le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie ».

⁴ Il est ainsi interdit au bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui de prendre des mesures conservatoires sur les biens qui ne sont pas affectés à son profit, v. Civ. 1^e, 28 avril 1998, n° 96-14674.

⁵ Pour un arrêt condamnant fermement la position adoptée par les décisions du 15 mai 2002, v. Com., 21 février 2006, *Bull. civ. IV*, n° 42, p. 43 (n° 04-14051). V. également Com., 17 juin 2020, n° 19-13153 : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel du constituant de cette sûreté à satisfaire à l'obligation d'autrui, le créancier bénéficiaire de la sûreté ne peut agir en paiement contre le constituant, qui n'est pas son débiteur ».

⁶ Sur le refus jurisprudentiel d'appliquer l'art. L. 313-22 CMF au bénéfice de la « caution réelle », v. not. Civ. 1^e, 7 février 2006, *Bull. civ. III*, n° 53, p. 55 (n° 02-16010) ; Com., 7 mars 2006, *Bull. civ. IV*, n° 59, p. 59 (n° 04-13762).

⁷ Civ. 1^e, 2 novembre 2015, n° 14-21332.

⁸ Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-17452.

principal ou un autre garant, c'est en vertu de l'application du droit commun de la subrogation ou d'une interprétation analogique des textes¹.

390. Cette présentation de la sûreté réelle pour autrui possède un avantage certain : la sécurité juridique. Un justiciable se présentant devant la Cour de cassation en demandant l'application d'une disposition spécifique au droit du cautionnement à une telle sûreté connaît la réponse à sa question avant même de l'avoir posée. La méconnaissance de la nature de la sûreté constitue toutefois, à notre sens, un prix trop élevé pour que l'on puisse se satisfaire de la seule sécurité. En effet, si la position jurisprudentielle actuelle permet d'établir un régime du « cautionnement réel » qui ravit le créancier, il n'en va pas de même du point de vue du constituant. Celui-ci s'engage de façon subsidiaire à exécuter l'obligation du débiteur principal si ce dernier ne le fait pas lui-même, mais le régime applicable à son engagement évince totalement le fait qu'il s'engage à garantir la dette d'un tiers. Il existe certainement une part de vérité dans la position jurisprudentielle, mais la solution maintenue depuis 2005 est excessive. Les intérêts du créancier ne doivent pas constituer la seule boussole en la matière. Il est nécessaire de prendre également en compte les intérêts du garant afin de parvenir à un équilibre entre les attentes des trois parties à l'opération.

391. Bilan : l'insuffisance des approches monistes. En résumé, l'application du seul droit du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui ne permet pas de mettre en place un régime satisfaisant dans les rapports entre le bénéficiaire et les autres créanciers du garant. De même, le droit des sûretés réelles est dépourvu de règles assurant la protection du tiers garant, tant dans ses rapports avec le créancier qu'avec le débiteur principal ou les cofidéjusseurs. La solution la plus satisfaisante intellectuellement consiste alors à appliquer des dispositions appartenant aux deux corps de règles à la sûreté réelle pour autrui. Il est donc nécessaire de bâtir une analyse dualiste de cette sûreté².

¹ Sur l'application analogique du droit du cautionnement à la « sûreté réelle pour autrui », v. A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 291, pp. 201-202 ; V. Bonnet, n. sous Civ. 1^e, 7 février 2006, *D.* 2006. 1543 ; J. Lelieur, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », art. précité ; M. Mignot, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, coll. Cours, 3^e éd., 2017, n° 799, p. 312.

² Dans le même sens, concluant au « besoin de mixité de la sûreté réelle pour autrui », v. O. Gout, « Le cautionnement réel », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 10, p. 99.

B) La nécessité d'une théorie dualiste

392. Le « cautionnement réel », un contrat innommé ? La sûreté réelle pour autrui emprunte donc des caractéristiques propres aux deux familles de sûretés, sans pouvoir complètement s'identifier à l'une d'elles. La tentation apparaît alors grande de la qualifier de contrat innommé au sens moderne de ce terme, c'est-à-dire d'en faire un symbole de ce que « *l'avènement de qualifications innomées signifie un dépassement des qualifications préétablies. Devant l'insuffisance de celles-ci, les volontés individuelles imaginent de nouveaux cadres, seuls capables de promouvoir les buts poursuivis* »¹. En effet, ni la sûreté réelle pour soi-même ni la sûreté personnelle ne permettent au créancier d'acquérir la titularité d'un droit de poursuite contre un tiers dont la mise en œuvre réalise une rupture d'égalité avec les créanciers de ce tiers. De même, la possibilité de ne conférer au créancier qu'un droit préférentiel ou exclusif sur l'un de ses biens pour garantir la dette d'autrui n'est offerte par aucune des sûretés classiques. En concluant un « cautionnement réel », les parties emprunteraient alors à chaque figure nommée les caractéristiques adaptées à leur but, créant ainsi une nouvelle figure contractuelle. On reconnaît là ce que M. Terré a qualifié d'« *innomé-alliage* »² : la création d'un mécanisme innovant par un mélange de figures contractuelles connues et l'apparition d'un élément nouveau.

393. Il n'est pourtant pas certain que cette qualification soit la plus adaptée. Il ne s'agit pas d'une création *ex nihilo* de la volonté des parties. Le principe de la validité de la sûreté réelle pour autrui est reconnu par divers textes légaux³, même si son régime n'est jamais défini. Par ailleurs, si l'on refuse de faire entrer le « cautionnement réel » dans une case prédéfinie, il faut corrélativement écarter le régime qui est applicable aux figures connues. Partant, c'est par la voie de l'analogie que le droit des sûretés personnelles lui serait appliqué⁴. Il a pourtant été affirmé que l'analogie ne constituerait pas un mode de raisonnement satisfaisant, et ce pour trois raisons : le fait que la caution personnelle et la « caution réelle » soient deux tiers-garants

¹ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 2, 1956, n° 559, p. 448.

² *Ibid.*, n° 605 et s., p. 481 et s.

³ V. les art. 1020 et 2334 C. civ. ; l'art. L. 322-20 C. rural, les art. L. 202-11, L. 212-7, L. 213-9, R. 202-8 et R. 212-17 CCH ainsi que l'art. L. 211-38, I, al. 2 CMF.

⁴ F. Terré, th. précitée, n° 568, pp. 455-456.

ne devrait pas suffire à fonder l'analogie ; il ne devrait pas être possible d'affirmer à la fois que le cautionnement du Code civil est personnel et que le législateur a entendu créer une matrice des sûretés pour autrui aux articles 2288 et suivants du Code civil ; la définition d'un critère de sélection des règles du cautionnement personnel applicable à la sûreté réelle pour autrui serait ardue. Il n'y aurait finalement que deux choix possibles : ou bien le « cautionnement réel » est un véritable cautionnement, et l'on doit lui appliquer à ce titre le régime du cautionnement personnel ; ou bien ce n'est pas un cautionnement, et son régime doit être construit par l'application des règles du régime général des obligations¹.

394. Cautionnement réel et raisonnement analogique. Cette critique est un peu excessive. Il semble y avoir une place pour le raisonnement analogique dans le cas où l'on estimerait que la « caution réelle » prend un engagement qui ressemble à celui d'une caution, mais que le régime du Code civil est réservé à ceux qui contractent un engagement personnel. Ce raisonnement pourrait être poursuivi de façon rigoureuse si l'on décidait de mettre l'accent sur l'obligation commune aux cautions personnelles et « réelles » de garantir la dette d'autrui. Cornu a montré la voie en ce domaine en présentant les quatre éléments ordonnés par l'analogie autonome². Dans le cas présent, le raisonnement se conduirait de la manière suivante : le régime du « cautionnement réel » n'est pas précisé par le droit ; l'analogie se réfère au régime légal du cautionnement personnel ; il est possible de discerner un rapport de similitude entre les deux types de cautionnement, la volonté de garantir la dette d'un tiers³ ; il s'agit enfin de transporter la règle du régime du cautionnement personnel au « cautionnement réel ». Reste alors à définir un critère pour distinguer les règles applicables à cette sûreté et celles qui ne le sont pas, ce qui ne sera possible qu'après avoir clairement défini ce à quoi s'engage la « caution réelle »⁴.

¹ Sur l'ensemble de ces critiques, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 135, pp. 124-125.

² G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 131, présentant comment s'organise le raisonnement analogique : « ayant à traiter un cas non réglé par le droit [...], elle se réfère à un autre cas régi par le droit [...] ; ayant discerné un rapport de similitude entre les deux cas [...], elle transporte la solution donnée pour le cas prévu au cas non prévu ».

³ A ceux qui affirment qu'il ne s'agit pas là d'un trait commun suffisant pour fonder l'analogie, on répondra que « *le plus souvent, la raison qui légitime l'analogie repose, de façon réaliste, sur la seule similitude des situations [...] la tentation dogmatique évidente serait de ramener la similitude des cas à l'identité de nature. L'identité de nature n'en est que la forme excellente* » (ibid., p. 139). V. également J.-L. Bergel, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *RRJ* 1995-4, p. 1080 ; V. Petev, « Analogie et distinction », *RRJ* 1995-4, p. 1032.

⁴ V. *infra*, n° 437 et s.

395. La construction d'un régime cohérent du « cautionnement réel » peut donc passer par le raisonnement analogique si l'on estime que l'engagement du constituant d'une sûreté réelle pour autrui ressemble à celui d'une caution mais que l'absence d'engagement personnel constitue une différence véritablement fondamentale quant à la qualification de la sûreté. Ce n'est pas la voie que nous souhaitons suivre¹ : à notre sens, la « caution réelle » contracte un engagement hybride, à la fois cautionnement et sûreté réelle.

396. La qualification de contrat hybride. La qualification d'un mécanisme empruntant des caractéristiques à deux institutions différentes est une opération complexe car, comme l'affirme M. Bénabent, « *c'est toujours le même dilemme pour le (bon) juriste, un peu maniaque de la qualification : doit-il rechercher à tout prix une qualification unique ou peut-il procéder à une sorte de dépeçage du contrat complexe pour appliquer distributivement à chacune de ses faces une qualification adaptée mais partielle ?* »². L'approche retenue par cet auteur est cependant assez peu nuancée. D'après lui, ou bien l'un des deux éléments est mineur par rapport à l'autre et, par application de la théorie de l'accessoire, l'obligation essentielle tirée du « principal » donne au contrat sa qualification globale, ou bien les deux éléments occupent la même importance dans le contrat complexe et il existe en réalité deux contrats distincts³. Il n'y aurait ainsi pas de place pour un contrat unique composé à parts égales d'éléments provenant de deux contrats « simples ».

397. Le droit positif fait pourtant preuve de plus de souplesse, lequel autorise à réaliser distributivement la qualification d'un contrat complexe mais demeurant unitaire. Il se peut que « *la distribution entre deux natures juridiques différentes* » se manifeste dans le régime d'un tel contrat par le fait que « *chacun des éléments d'un contrat [soit] soumis à une règle différente ; ce « dépeçage » du contrat suppose que les parties ou la loi l'aient voulu* »⁴. Sans vouloir interpréter de façon divinatoire la volonté des parties, cette méthode semble être la plus appropriée. Le « *raisonnement de la chauve-souris* » n'a pas sa place ici : la sûreté réelle pour

¹ Ni celle de l'art. 2291 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, qui indique clairement que cette sûreté est un « cautionnement ».

² A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 28.

³ Cette méthode a été mise en œuvre par MM. Dupichot et Gijsbers en matière de sûreté réelle pour autrui, qu'ils analysent comme l'addition d'un cautionnement personnel limité et d'une sûreté réelle, v. *infra*, n° 398 et s.

⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 9^e éd., 2017, n° 15, p. 27.

autrui est à la fois un cautionnement et une sûreté réelle, mais le corps de règles applicable dépend de la question posée au juge. Aucun problème de cohérence ne se pose si l'on parvient à identifier précisément les contours de chacun des deux éléments du « cautionnement réel ».¹ Il nous semble en revanche que l'on ferait fausse route si l'on cherchait à « éclater » le contrat complexe qu'est la sûreté réelle pour autrui entre ses deux pôles. Sa nature doit rester unitaire.

398. L'existence d'un contrat unique. Une définition ingénieuse du « cautionnement réel » a été proposée par M. Dupichot et approuvée par M. Gijsbers². Selon ces auteurs, le mécanisme pourrait s'analyser comme l'alliage d'un cautionnement personnel dont l'assiette serait limitée à un bien et d'une sûreté réelle sur ce même bien. Dans ce cas de figure, l'application des dispositions protectrices de la caution ne fait aucun doute car elle se déduit logiquement de la nature de l'engagement pris par le garant.

399. Mais c'est précisément là que le bât blesse. Si l'on raisonne ainsi, l'on sort du cadre de la simple sûreté réelle pour autrui. Si la sûreté réelle de la présente théorie constitue « la mesure et la limite de l'engagement de caution », le « cautionnement réel » de MM. Dupichot et Gijsbers consiste en la juxtaposition d'un engagement personnel et d'un engagement réel, le deuxième ne faisant que circonscrire l'assiette du droit de préférence du bénéficiaire, mais non celle de son droit de poursuite. En effet, l'engagement personnel de caution devrait pouvoir permettre au créancier de saisir le bien grevé à titre chirographaire si la sûreté réelle s'avérait, pour une raison quelconque, inefficace. Le contrat n'est alors plus mixte ou hybride, mais « double »³. Le régime applicable à ce montage de sûretés n'a d'ailleurs jamais posé de

¹ Sur cette détermination, v. *infra*, n° 420 et s. Dans le même sens, v. P. Crocq, « La caution réelle, la caution personnelle et le tiers détenteur », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, n° 1, p. 7 : « toute la difficulté est là : comment expliquer que la caution, à la fois, entende bien s'engager en tant que garant, à l'image d'une caution personnelle, et que son engagement ne puisse être exécuté que sur le bien sur lequel elle a accepté de constituer une sûreté. Il y a là un mélange instable de sûreté personnelle et de sûreté réelle qui donne au cautionnement réel une nature qui semble perpétuellement oscillante » ; J. Vallansan, « La sûreté conférée par un tiers : entre obstacles et efficacité », *LPA* 11 fév. 2011, p. 41 et s., spé. n° 56 : « Les nouvelles garanties qui apparaissent sur le marché du financement des entreprises ouvrent des perspectives théoriques de classification qui ne sont toujours pas faites par la loi, qui préfère énumérer que systématiser. Nous avons les garanties accessoires par rapport aux garanties autonomes... mais aussi les garanties de ses propres dettes par rapport aux garanties des dettes d'autrui. La garantie réelle qui nous intéresse est accessoire et prise au profit d'un tiers. Une fois ces catégories circonscrites, il sera sans doute plus aisé de leur appliquer un régime selon leur nature ».

² Ph. Dupichot, th. précitée, n° 786 et s., p. 599 et s. ; C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 70 et s., p. 69 et s.

³ Sur cette critique, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 215, p. 193 : « si l'on suivait cette thèse, ce serait précisément le contenu de l'engagement personnel de la caution réelle qui interdirait ici de saisir autre chose que le bien affecté [...] Cette proposition aboutit donc à faire perdre au cautionnement réel son autonomie. Nous n'avons plus à faire ici à un cautionnement réel, l'auteur l'a fait exploser en deux contrats, un cautionnement personnel dont l'assiette est limitée et un cautionnement réel ».

problèmes : bien au contraire, la jurisprudence insiste régulièrement sur la nécessité pour les juges du fond d'analyser précisément les faits afin de distinguer les pures sûretés réelles pour autrui des situations dans lesquelles un cautionnement personnel et une sûreté réelle sont cumulés. Dans ce dernier cas, et ce même depuis l'arrêt de Chambre Mixte du 2 décembre 2005, les règles dont l'application est refusée au constituant d'une sûreté réelle pour autrui font partie du régime protecteur de la caution. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne l'obligation d'information, évidemment due à celui qui s'engage personnellement et réellement pour autrui¹ ou en matière d'obligation de mise en garde sur les risques du crédit consenti².

400. Cette théorie constitue donc une belle réponse à une question qui ne nous est pas posée : si le recours au montage précédemment décrit peut permettre de contourner les effets néfastes de la position jurisprudentielle retenue depuis 2005, il laisse toutefois entier le problème de la détermination de la nature juridique de la sûreté réelle pour autrui. En revanche, en tirant profit du rapprochement effectué entre les sûretés réelles et personnelles, il semble possible de serrer au plus près la réalité des faits. Dans cette perspective, il va s'agir de démontrer que cette sûreté hybride peut s'analyser comme donnant naissance à une obligation réelle de garantir la dette d'autrui à la charge du constituant³. L'élément « obligation réelle de garantie » est alors emprunté au droit des sûretés réelles, tandis que l'élément « garantie de la dette d'autrui » appartient au droit des sûretés personnelles.

§2) L'obligation réelle de garantir la dette d'autrui

401. Plan. L'article 2288 du Code civil dispose que « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». Tout mécanisme répondant à cette définition devrait pouvoir être qualifié de

¹ Com., 21 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 72, p. 71 (n° 05-12864) ; Com., 8 juin 2010, n° 09-68316 ; Com., 13 septembre 2011, n° 10-17659.

² Com., 7 février 2018, n° 16-12808 et 16-24004.

³ Sur l'importance capitale de cet élément dans la démonstration v. G. Pillet, « Assimilation du cautionnement réel au cautionnement : nature des choses ou expédient ? », *JCP G* 2019. 449 : « *que reste-t-il du cautionnement dans sa forme réelle ? Contient-il une version réelle de l'obligation de payer qui figure au cœur de l'unique définition proposée du cautionnement ? L'existence de cette obligation est cruciale. Si elle existe, il peut sembler logique que la protection du constituant passe par son assimilation à une caution. Si elle est absente, alors il est peut-être plus pertinent d'achever l'édification d'un régime commun aux tiers garants* ».

cautionnement et se voir appliquer ainsi le régime correspondant, sous réserve des adaptations nécessaires lorsque la sûreté considérée n'est pas le cautionnement personnel classique. Rien dans ce texte ne permet d'affirmer que la sûreté à laquelle il est fait référence est nécessairement personnelle¹. S'il est possible de démontrer que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui contracte l'obligation réelle de payer la dette d'autrui dans l'hypothèse où le débiteur principal n'exécute pas sa propre obligation, l'appellation de « cautionnement réel » pourra être réhabilitée (A). Il faut toutefois se garder des rapprochements excessifs : si le constituant ne consent qu'à la souscription d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui, il n'est pas possible d'y trouver la trace d'une obligation personnelle susceptible de prendre le relais de la sûreté réelle devenue inefficace pour quelque cause que ce soit (B).

A) L'obligation monétaire du constituant

402. La critique doctrinale de l'obligation de payer. La question de l'existence d'une obligation de payer s'est déjà posée de manière générale à propos de tout constituant de sûreté réelle², mais elle prend une importance particulière en matière de « cautionnement réel ». En effet, c'est ici que se situe le nœud du problème : ou bien le constituant n'assume aucune obligation et la qualification de cautionnement ne peut être attribuée à la sûreté consentie – et, partant, son régime ne peut lui être appliqué –, ou bien l'on peut mettre en lumière la qualité de débiteur du constituant et faire ainsi pleinement entrer le « cautionnement réel » dans la catégorie des cautionnements. Il n'est pas rare de lire, sous la plume d'une grande partie de la doctrine, que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui n'entend assumer aucune obligation. Les auteurs estimant que la seule obligation qui existe est celle par laquelle le débiteur principal est lié au créancier suivent essentiellement deux lignes de raisonnement : pour les uns, la

¹ V., déjà, Ph. Simler, « Eppur, si muove ! (Galilée). – Et pourtant, une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP G* 2006, I, 172, n° 15 : « ubi lex non distinguit, non distinguere debemus. Si l'affectation d'un bien à la garantie de la dette d'un tiers est génératrice d'une obligation et si cette obligation a pour objet le paiement de la dette du débiteur, elle répond à la définition du cautionnement. Sans doute le cautionnement est-il avant tout une sûreté personnelle. Sans doute les rédacteurs du Code civil n'ont-ils eu en vue que ce cautionnement-là. Mais, selon une formule célèbre, il faut aller « par le Code civil au-delà du Code civil ». La jurisprudence n'a pas hésité à le faire en maintes occasions. Le tiers qui s'oblige à payer la « propre dette » du débiteur est une caution. Rien dans l'article 2288 du Code civil (ex-2011) ne s'oppose à ce qu'un engagement purement réel soit qualifié de cautionnement ».

² V. *supra*, n° 350 et s.

situation du constituant d'une sûreté réelle pour autrui doit se comprendre à la lumière de la notion de « charge », tandis que les autres invoquent l'analyse dualiste de l'obligation.

403. Dans la première catégorie, l'on peut citer MM. Aynès, Berlioz et Prigent¹. Leur idée est simple et procède intégralement de l'étude des effets de toute sûreté réelle : en constituant une telle sûreté garantissant la dette d'autrui, le tiers offrirait uniquement au créancier un droit direct sur la valeur du bien grevé. Son intervention se limiterait à l'affectation de l'assiette de la sûreté à son bénéficiaire. Par conséquent, il ne s'obligerait absolument pas à payer l'obligation du débiteur principal ou sa propre dette – et cette idée est parfois réfutée en des termes très forts². Ces auteurs se tournent alors vers la notion de « charge » pour expliquer la situation du constituant. Le créancier étant dépourvu du droit d'exiger quoi que ce soit de sa part, le seul moyen à sa disposition pour obtenir le paiement serait la mise en œuvre de l'exécution forcée³. Cependant, par faveur pour le tiers garant, il lui serait permis de payer afin de libérer son bien de la « charge » constituée par la sûreté réelle. Les cautionnements « personnel » et « réel » seraient alors complètement distincts : la caution personnelle assumerait l'obligation personnelle de payer quand la « caution réelle » ne ferait que disposer de la possibilité de payer afin de faire disparaître la charge.

404. Un autre courant, auquel appartiennent notamment M. Comparato et Grua⁴, explique la structure du « cautionnement réel » par l'analyse dualiste de l'obligation. Selon ces auteurs, il n'existe qu'une seule obligation – celle qui est assumée par le débiteur principal – dont l'exécution peut être réclamée par la mise en œuvre de deux droits de poursuite. Pour reprendre la terminologie dualiste, il n'y aurait qu'un seul *debitum*, l'objet de l'obligation du débiteur

¹ L. Aynès, n. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, précitée ; P. Berlioz, n. sous Civ. 1^o, 20 février 2007, LPA 31 mai 2007, p. 18 ; S. Prigent, *L'engagement pour autrui*, th. Rennes I, 2001, n^o 497 et s., p. 332 et s.

² S. Prigent, th. précitée, n^o 510, p. 341 : « Evoquer « le devoir de la caution réelle », à l'image d'une caution personnelle ou d'un obligé propter rem, tourne [...] à l'absurde complet » ; n^o 533, p. 362 : « il ne faut pas se laisser abuser par les théoriciens qui voient une dette du côté de la caution réelle ou du tiers détenteur. Cela repose sur une vieille approximation héritée d'une pratique qui ignorait les règles du droit ».

³ En ce sens, A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, n^o 1, p. 2 : « à la différence de celui qui bénéficie d'un cautionnement, le créancier se trouve dépourvu d'un droit de gage général sur le patrimoine du constituant. Il ne peut que poursuivre la réalisation forcée de la sûreté réelle. Son droit de poursuite est limité au bien grevé et il ne peut faire condamner le constituant à payer la dette. En revanche, celui-ci peut volontairement décider de payer le créancier pour échapper à la réalisation forcée de la sûreté réelle et à la perte du bien grevé. C'est pour lui une faculté, non une obligation ».

⁴ F. K. Comparato, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964, n^o 197, p. 215 ; F. Grua, « Le cautionnement réel », art. précité, n^o 28.

principal, mais deux *obligatio*, c'est-à-dire un droit de créance contre le débiteur et un pouvoir de contrainte pur envers le tiers garant¹. C'est exactement ce qui ressortait des propos de Grua, qui affirmait que « [la caution réelle] *n'est pas obligée à la dette d'autrui, mais contrainte pour la dette d'autrui* »². Il faut également signaler que ces auteurs proposent la même analyse du cautionnement personnel³. Ce courant doctrinal se retrouve autour de l'idée qui consiste à affirmer que celui qui garantit la dette d'autrui n'assume jamais une obligation propre, mais se contente de devoir payer la dette du débiteur principal en subissant l'exécution forcée mise en œuvre par le créancier, sous réserve de la « faveur » qui consiste à payer volontairement pour libérer l'assiette de la sûreté de l'emprise de ce dernier.

405. Les deux courants ne sont donc pas frontalement opposés. Bien qu'ils soient en désaccord sur la nature exacte du droit permettant au créancier de mettre en œuvre l'exécution forcée à l'encontre du constituant d'une sûreté réelle pour autrui, la situation concrète de ce dernier ne suscite pas de réelle controverse. Il n'assumerait aucune obligation, mais serait seulement tenu de subir l'exécution forcée, sous réserve de l'exercice de la faveur qui lui est reconnue : payer pour conserver l'assiette qu'il a affectée à la sécurité du créancier. Au-delà des reproches que l'on peut formuler à l'encontre de l'analyse dualiste de l'obligation⁴ et de l'analyse du paiement comme la mise en œuvre d'une « faveur »⁵, il faut insister sur le fait que si, philosophiquement, la sûreté réelle peut s'expliquer par l'idée de charge, ces théories entrent

¹ Comp. G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 116, 2012, n° 124, p. 77 : « dans cette construction, la caution n'est pas tenue de payer parce qu'elle le doit (absence de debitum) mais parce qu'elle s'est portée garante (obligatio) de l'exécution du debitum par le débiteur ».

² F. Grua, « Le cautionnement réel », art. précité, n° 27. Un peu plus tôt dans ce même paragraphe, l'auteur estimait que « ce qui décrit le mieux le fond des choses n'est pas la théorie de l'obligation propter rem, faute de dette propre, mais la théorie dualiste de l'obligation, d'origine germanique. [...] Le cautionnement réel est un exemple de cette dissociation ».

³ F. K. Comparato, th. précitée, n° 194, pp. 212-213 ; F. Grua, art. précité, n° 28 : « C'est mal raisonner de dire qu'on est personnellement obligé pour la raison qu'on engage tout son patrimoine, car, si un obligé engage en effet tout son patrimoine, l'inverse n'est pas toujours vrai : il arrive parfois qu'un patrimoine soit engagé sans que son titulaire ait contracté de dette. C'est précisément le cas de la caution personnelle, qui est menacée dans tous ses biens, mais pour une dette qui n'est pas la sienne, puisqu'elle a été contractée par un autre. Le cautionnement personnel lui non plus ne crée pas une obligation nouvelle, au sens complet du mot. Ici encore le créancier ne jouit pas d'une double créance, et celui qu'on appelle le débiteur « principal » est en vérité le seul. La caution personnelle, comme la caution réelle, se trouve contrainte sans devoir. La seule différence est que la caution réelle est contrainte par une sûreté réelle et la caution personnelle, par un droit de gage général ».

⁴ Cette théorie est souvent critiquée pour ses fondements théoriques défailants, sa complexité excessive et son faible intérêt pratique, v. D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001, n° 411 et s., p. 457 et s. ; G. Forest, th. précitée, n° 99 et s., p. 63 et s.

⁵ V., à propos du même raisonnement appliqué à la situation du tiers acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté réelle conférant un droit de suite, *supra*, n° 364 et s.

en contradiction avec les solutions retenues par le droit positif¹. Pour le démontrer, il faut s'interroger sur les effets du paiement volontaire des garants de la dette d'autrui ainsi que sur le traitement du « cautionnement réel » par le droit de l'exécution forcée.

406. Le paiement volontaire des garants de la dette d'autrui. L'analyse dualiste de l'obligation ne fonctionne pas en matière de cautionnement personnel. Lorsqu'il est indéfini, l'obligation de la caution est certes moulée sur celle du débiteur principal, mais elle s'en distingue toutefois. L'article 2311 du Code civil en constitue une démonstration éclatante : en indiquant que « *l'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations* », il affirme l'existence de causes d'extinction propres à l'obligation de la caution et lui confère ainsi une certaine autonomie. La même observation peut être formulée lorsque l'obligation de la caution est affectée de modalités rendant son engagement moins onéreux que celui du débiteur principal². C'est toutefois lors du paiement volontaire effectué par la caution que la dualité des obligations est la plus visible³ : en effet, ce paiement éteint sa propre dette en satisfaisant le créancier, mais laisse toutefois subsister l'obligation principale dont elle peut réclamer le paiement par sa subrogation dans les droits du créancier. C'est que le paiement de la caution n'est effectué qu'à titre de garantie et que, si elle est obligée à la dette, elle n'a pas à en supporter le poids définitif. Alors, si le paiement de la caution n'éteint pas la dette principale, c'est qu'elle ne fait qu'exécuter sa propre obligation⁴.

¹ En effet, si l'on reconnaît au créancier le droit de demander le paiement au constituant de la sûreté réelle, l'analyse au prisme de la notion de charge perd sa raison d'être, rapp. E. Cardaire, *Etude historique et critique sur l'objet du droit de préférence dans l'hypothèque*, th. Paris, L. Larose, 1898, p. 126, qui affirme que « voir dans l'hypothèque une charge réelle, plutôt qu'une dette de l'immeuble » revient à estimer que « c'est l'abandon de celui-ci et non le paiement de la créance qu'on demandera au tiers détenteur ».

² En revanche, aux termes de l'art. 2290, al. 1 C. civ., le cautionnement ne peut être conclu sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale. Sur l'ensemble des arguments permettant de conclure à l'existence d'une obligation propre à la caution, v. D. Grimaud, th. précitée, n° 414, pp. 446-447, qui cite la faculté pour la caution de payer volontairement, la possibilité de limiter son obligation par rapport à celle du débiteur principal, la faculté de recourir à un certificat de caution et l'existence de causes d'extinction de l'obligation de la caution à titre principal. V. également Ph. Dupichot, th. précitée, n° 272, p. 226 : « la dette de la personne qui s'engage à remplir l'obligation du débiteur principal n'est pas seulement le « décalque » de celle de ce dernier. La dette de la caution est incontestablement à l'origine d'un rapport d'obligation nouveau et spécifique, qui s'ajoute au rapport d'obligation principal qu'elle vient garantir : elle possède donc un debitum qui, nouveau, lui est « propre », ce qui explique que les parties puissent lui imprimer certains caractères que ne comporte pas le debitum de l'obligation du débiteur principal ».

³ D. Grimaud, th. précitée, n. 45, p. 451.

⁴ Comp., G. Forest, th. précitée, n° 124, p. 78 : « ce que l'on attend de la caution n'est pas tout à fait ce que l'on attend du débiteur. Le débiteur doit payer, la caution doit seulement garantir ce paiement. Ce que la caution procure avant tout au créancier, c'est de la sécurité. Non seulement la caution est tenue de son propre debitum, mais en plus ce debitum diffère de celui du débiteur » ; V. également N. Catala, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. XXV, 1961, n° 183, pp. 264-265 : « le but de l'obligation est de fournir au créancier un certain avantage ; mais son objet est l'activité personnelle du débiteur. Cet objet – la prestation d'un individu déterminé – n'est pas « fongible » : il est lié à la personne du débiteur. Dans le paiement par un tiers, l'obligation parvient à son but (la satisfaction du créancier) mais pas par la réalisation de son objet (la

407. Le même raisonnement est transposable au constituant d'une sûreté réelle pour autrui. S'il est certain que le créancier ne peut forcer le tiers garant à lui verser une somme d'argent, il ne faut pas écarter purement et simplement l'hypothèse du paiement volontaire. En effet, au stade de l'exécution volontaire, rien ne permet de distinguer l'obligation personnelle de l'obligation réelle de garantir la dette d'autrui¹. Lorsque le constituant verse au créancier la somme d'argent demandée², il fait plus que libérer les biens affectés : il exécute volontairement sa prestation de règlement. Ce paiement volontaire ne fait pas disparaître la dette principale, le tiers *solvens* ayant la possibilité d'en réclamer l'exécution par la voie du recours subrogatoire³. Là encore, le paiement n'est effectué qu'à titre de garantie. Il est d'ailleurs parlant de constater que tous les auteurs, quel que soit leur point de vue sur la nature du « cautionnement réel », reconnaissent toujours la possibilité pour le tiers d'invoquer la subrogation dans les droits du créancier désintéressé, ce qui laisse à croire que l'affirmation d'une coexistence entre l'obligation personnelle du débiteur principal et l'obligation réelle de garantir la dette d'autrui pesant sur la « caution réelle » ne serait pas tout à fait iconoclaste.

408. La « caution réelle » et l'exécution forcée. Les tenants d'une analyse du « cautionnement réel » comme pouvoir de contrainte sans dette opposent trop frontalement le paiement volontaire et la saisie suivie d'une vente forcée. Partant, ils érigent une distinction entre les deux types d'exécution fondée sur une différence de nature, et non de degré. En se focalisant sur la saisie de l'assiette de la sûreté réelle constituée pour autrui, ils ont occulté l'obligation de payer qui aurait dû occuper le devant de la scène. De manière étonnante, dans leur esprit, le paiement « pathologique » a remplacé le paiement « normal ». En effet, l'exécution forcée n'existe pas à titre principal : elle n'est qu'un mode d'exécution subsidiaire, le mode principal étant l'exécution volontaire⁴. C'est donc que l'exécution forcée n'est permise

prestation du débiteur) » et A. Richard, *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. J.-B. Donnier, PUAM, coll. du centre Pierre Kayser, 2007, n° 143, p. 113.

¹ Pour cette distinction, v., *supra*, n° 342.

² S'agissant d'une obligation monétaire limitée à la fois par le montant de la créance garantie et la valeur de l'assiette de la sûreté, le *quantum* de la prestation de règlement doit être fixé par référence à la plus faible des deux sommes au jour de la demande d'exécution. En ce sens, Ph. Dupichot, th. précitée, n° 822, p. 624 : « *la caution réelle doit être admise à payer le créancier à concurrence de la valeur du bien contre mainlevée de l'hypothèque ou restitution du gage, le créancier pouvant, à défaut d'accord sur la valeur du bien, poursuivre l'exécution forcée du bien suivant les règles des sûretés réelles. La caution réelle, parce qu'elle est débitrice de la valeur du bien, devrait donc avoir la faculté de payer la contre-valeur du bien appréciée au jour de l'exécution* ».

³ V. A. Richard, th. précitée, n° 262, pp. 184-185.

⁴ En ce sens, C. Brenner, « La vente volontaire de l'immeuble saisi est-elle possible sans l'autorisation du juge de l'exécution ? », in *Au-delà des Codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie Payet*, Dalloz, 2011, spé. n° 16, p. 99 et *Procédures civiles*

que si l'exécution volontaire est possible, soit lorsque le créancier est titulaire d'une obligation certaine, liquide et exigible, le droit de l'exécution forcée exigeant en outre la présentation d'un titre exécutoire constatant l'existence de ces trois caractéristiques.

409. En matière de « cautionnement réel », cette idée est très nettement démontrée par l'arrêt rendu le 25 mars 2010 par la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation¹. Dans cette affaire, des poursuites avaient été engagées contre un couple ayant affecté un immeuble à la garantie de la dette d'un tiers et un commandement de saisie avait été délivré sur le fondement de l'acte d'affectation hypothécaire. La cour d'appel avait accueilli la demande tendant à l'annulation du commandement de saisie, au motif que l'acte authentique d'affectation était insuffisant, aucun titre exécutoire ne constatant l'existence des créances garanties² n'étant produit par ailleurs. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, fortement inspiré de l'analyse dualiste de l'obligation, en affirmant que « *l'acte notarié [qui] mentionnait l'identité du débiteur principal et la créance garantie constituait un titre exécutoire autorisant les poursuites de saisie immobilière* ». Si un titre exécutoire ne peut être remis qu'à un créancier titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible et que le bénéficiaire d'un « cautionnement réel » est admis à recevoir un tel titre, alors, c'est qu'il est créancier du garant³. La cause de la saisie ne devait pas être recherchée dans les relations entre le débiteur principal et le créancier, mais bien dans les liens qui unissent le tiers garant et le créancier : ce dernier ne saisit pas les biens de la

d'exécution, Dalloz, 9^e éd., 2017, n° 3, p. 2 : « ainsi le droit des procédures civiles d'exécution apparaît-il dès l'abord comme une discipline de renfort, un droit de secours » ; R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 30, p. 27 : « Les obligations doivent être – et sont le plus souvent – exécutées spontanément. Si elles ne le sont pas, le créancier peut recourir à la contrainte sur les biens de son débiteur. Aussi peut-on dire que la raison d'être des procédures d'exécution est d'assurer l'effectivité des droits du créancier si le mauvais vouloir ou la négligence du débiteur l'imposent » ; Ph. Théry et C. Brenner, « La saisie immobilière n'est pas une idole », *D.* 2015. 1928 : « Les procédures d'exécution ne sont, en effet, rien d'autre que des voies de droit offertes au créancier menacé de non-paiement par l'inexécution de son débiteur afin de lui permettre d'obtenir satisfaction sous la contrainte : des voies de secours, en somme. C'est l'évidence même qu'elles ne bénéficient d'aucune faveur légale et encore moins d'une quelconque priorité sur l'exécution volontaire : celles qui tendent à la réalisation de l'obligation impayée ne sont qu'une forme de paiement contraint, un mode anormal d'exécution de l'obligation que rend nécessaire la défaillance du débiteur [...] Autrement dit : la norme est le paiement volontaire. Ce n'est qu'à défaut d'un tel paiement, lorsqu'il s'agit d'une obligation monétaire, que le créancier peut recourir aux procédures d'exécution ou, si l'on préfère, qu'il jouit effectivement du droit à l'exécution forcée. Un principe de subsidiarité du recours à celle-ci domine ainsi l'ensemble de la matière des obligations ». Il faut noter qu'à l'origine, l'avant-projet de réforme de la loi du 9 juillet 1991 prévoyait dans son premier article que « l'exécution des obligations doit être volontaire. A défaut, la loi offre au créancier les moyens de contraindre son débiteur à l'exécution ».

¹ Civ. 2^e, 25 mars 2010, *Bull. civ.* II, n° 74 (n° 09-12127) ; *Defrénois* 2011, p. 1289, obs. Ph. Théry.

² C'est-à-dire, en l'espèce, un prêt personnel consenti par le créancier à une personne physique ainsi que les engagements pris par une société envers ce même créancier.

³ En ce sens, Ph. Théry, obs. précitées. V. également Ph. Simler, « Eppur, si muove ! (Galilée). – Et pourtant, une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », art. précité, spé. n° 9, citant Civ. 2^e, 6 juin 1996, n° 94-20293.

« caution réelle » en raison de l'existence de la dette du débiteur principal, mais parce qu'elle a contracté elle-même une dette envers lui.

410. L'examen des textes du Code des procédures civiles d'exécution, tels qu'ils ressortent de la réforme de la saisie immobilière réalisée en 2006, aboutit à la même conclusion. Aux termes de l'article R. 321-3 de ce Code, et notamment de son alinéa 3, le commandement de payer valant saisie qui est délivré au constituant d'une hypothèque pour autrui est rigoureusement identique à celui qui serait délivré au débiteur principal tenu personnellement, si ce n'est que le délai accordé à la « caution réelle » pour payer volontairement est d'un mois et non de huit jours. Ce texte, entré en vigueur après la décision rendue en Chambre Mixte du 2 décembre 2005, démontre que le législateur n'approuve pas entièrement la solution retenue par la jurisprudence. En traitant le tiers garant comme un obligé dans le cadre de la saisie immobilière, il permet à la primauté de l'exécution volontaire d'être respectée : il doit payer sous peine de subir la saisie, tout comme un débiteur « personnel ».

411. Bilan : existence de l'obligation monétaire de la « caution réelle ». Si les paiements volontaires de la caution personnelle et de la « caution réelle » ont le même effet satisfaisant envers le créancier, tout en laissant demeurer l'obligation du débiteur principal et si le droit de l'exécution traite cette même « caution réelle » comme un débiteur, l'affaire est entendue. Il faut reconnaître l'existence d'une obligation de garantir la dette d'autrui à la charge du constituant, la sûreté réelle n'étant ni constitutive d'une simple charge, ni créatrice d'un simple pouvoir de contrainte. Son existence prouve que le constituant mérite bien la qualité de caution : il prend l'engagement de payer le créancier en cas de défaillance du débiteur, sa propre défaillance ne pouvant être comblée que par l'exercice de l'exécution forcée sur les biens affectés en garantie¹. Mais ce n'est pas tout : il faut encore prouver que l'obligation est purement réelle, sans aucune trace d'engagement personnel. Ce n'est qu'au terme de cette démonstration que l'appellation de « cautionnement réel » pourra être réhabilitée.

¹ Rappr. Ph. Simler, « Le paiement et les sûretés », in M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, p. 191 : « *Que se passe-t-il si le débiteur ne paie pas sa dette ? Soit notre tiers constituant paye volontairement la dette pour ne pas perdre le bien affecté en garantie, dont la valeur est peut-être très supérieure. A l'évidence il paye alors la dette du débiteur garanti. Soit il se laisse saisir et le créancier se paiera sur le prix obtenu. Nul n'oserait soutenir qu'il n'a pas payé la dette du débiteur. En toute hypothèse, il sera très exactement dans la même situation que la caution ayant souscrit un engagement personnel* ».

B) L'obligation purement réelle du constituant

412. Rejet de l'obligation personnelle « jurisprudentielle ». Différentes théories ont cherché à ménager une place à l'engagement personnel du constituant au sein de la sûreté réelle pour autrui. On doit au minimum citer la jurisprudence issue des arrêts du 15 mai 2002 et la thèse de M. Ansault.

413. Les trois arrêts rendus par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, et notamment la décision *Abihssira*, sont si connus qu'il n'est pas nécessaire de rappeler tous les détails de l'affaire. On mentionnera seulement, pour mémoire, que les faits portaient sur un dirigeant social qui avait consenti une sûreté réelle sur des parts de SICAV afin de garantir les dettes de sa société envers une banque. Les parts étaient toutefois des biens communs et son épouse n'avait pas donné son accord à l'octroi de la garantie. Après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société, la banque a agi contre le dirigeant qui a invoqué la nullité de la garantie. La cour d'appel puis la Cour de cassation ont rejeté sa prétention, cette dernière estimant que, nonobstant l'inefficacité de la sûreté réelle, « *la caution [...] reste seulement tenue, en cette qualité, du paiement de la dette sur ses biens propres et ses revenus dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés* ».

414. L'arrêt a été fortement critiqué en raison de la dénaturation du contrat à laquelle il conduit¹. En effet, bien que le tiers précise ne vouloir s'engager que par l'octroi d'une sûreté réelle sur une portion limitée de son patrimoine, la Cour de cassation double cet engagement d'une obligation personnelle et confère ainsi un droit de gage général au créancier sur le patrimoine du constituant, alors que le « cautionnement réel » est justement conçu dans le but de limiter l'étendue de l'engagement du garant ! Cette décision, qui méconnaît grossièrement la nature de la sûreté qui lui est présentée, est une des raisons principales des maux qui affectent aujourd'hui le « cautionnement réel ». En effet, il n'est guère surprenant que, par un mouvement de balancier, à une décision penchant dangereusement vers le pôle « cautionnement » du

¹ En ce sens, J.-J. Ansault, th. précitée, n° 209 et s., p. 188 et s.

« cautionnement réel », succède l'arrêt de 2005 qui ne le considère que sous l'angle de la sûreté réelle. Nombre d'auteurs qui ne contestent pas, par principe, l'application des règles du cautionnement à cette sûreté ont d'ailleurs approuvé la solution de 2005 en raison de leur opposition aux décisions de 2002¹. Une analyse dualiste équilibrée devrait donc être à même de retenir leurs suffrages.

415. Rejet de l'obligation personnelle « doctrinale ». La conception du « cautionnement réel » retenue par M. Ansault reposant sur une dualité obligation personnelle de garantie/obligation réelle de règlement, c'est tout naturellement que l'auteur estime que, dans certains cas, l'obligation personnelle peut prendre le relais de la sûreté réelle devenue inefficace². L'auteur développe ainsi l'idée que le créancier peut poursuivre la « caution réelle » à titre chirographaire sur l'ensemble de son patrimoine lorsque les parties mettent à la charge du constituant de la sûreté le risque de la dépréciation de la valeur du bien grevé³, lorsque le créancier déclare sa créance dans la procédure collective du débiteur principal en omettant de mentionner l'existence de sa sûreté⁴, lorsque le constituant crée un risque de dépréciation de la valeur de l'assiette en cédant le bien grevé à un tiers⁵, ou enfin lorsque le créancier a manqué de diligence en n'inscrivant pas sa sûreté avant l'ouverture d'une procédure collective ouverte à l'encontre du constituant⁶. L'idée de M. Ansault est la suivante : dans tous les cas énumérés, tout comme dans les affaires ayant conduit aux arrêts du 15 mai 2002, la sûreté réelle pour autrui est seulement inefficace et n'a pas cessé d'exister. L'existence d'une « obligation personnelle de garantie » à la charge du constituant, encore pleinement efficace, conduirait alors à un genre de conversion par réduction qui dégraderait le « cautionnement réel » en simple cautionnement personnel, à assiette élargie mais à intensité réduite.

¹ V. not. R. Libchaber, obs. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Deffrénois* 2006, n° 7, p. 586 ; M. Mignot, obs. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *RLDC* fév. 2006, p. 23 ; J.-D. Pellier, « La poursuite de la construction d'un régime des sûretés pour autrui », *D.* 2014. 1054.

² J.-J. Ansault, th. précitée, n° 560, p. 508 : « l'application du régime des contrats mixtes au cautionnement réel [...] peut avoir pour effet de susciter à la charge de la caution réelle une obligation personnelle de règlement que le créancier pourra exploiter en la lui opposant victorieusement, notamment pour prendre le relais de son droit de préférence qui se sera révélé inefficace. Il est constant que pour conserver sa cohérence au contrat, ce droit doit demeurer exceptionnel ». Selon l'auteur, la condition *sine qua non* de la naissance de l'« obligation personnelle de règlement » est la validité de la sûreté réelle. Si elle n'est pas inefficace mais a cessé d'exister, alors, le « cautionnement réel » disparaît.

³ *Ibid.*, n° 579-580, pp. 523-525.

⁴ *Ibid.*, n° 585, p. 529.

⁵ *Ibid.*, n° 586, p. 530.

⁶ *Ibid.*, n° 644, pp. 601-602.

416. Le grief de dénaturation de la sûreté réelle pour autrui peut à nouveau être avancé à l'encontre de cette théorie. Lorsque la sûreté réelle devient inefficace, M. Ansault raisonne, dans les relations entre le créancier et le constituant, comme si l'on se trouvait dans les rapports qui unissent un débiteur principal ayant constitué une sûreté réelle sur l'un de ses biens et son créancier. Le créancier ne bénéficie pourtant que d'une sûreté réelle à l'encontre de la « caution réelle ». La perte de son droit de poursuite devrait être la conséquence logique des vices qui affectent sa sûreté, qu'elle ait disparu ou qu'elle soit simplement devenue inefficace. Outre le fait que l'existence d'une « obligation personnelle de garantie » soit douteuse ici¹, la sûreté réelle pour autrui ne doit pas se muer en un outil de restriction excessive de la liberté patrimoniale du constituant, ni en un blanc-seing permettant au créancier de faire preuve de légèreté dans la gestion de ses affaires.

417. En effet, dans la théorie de M. Ansault, la sûreté réelle pour autrui est un outil de restriction excessive de la liberté patrimoniale du constituant. S'il demeure tenu après avoir transféré la propriété de l'assiette à un tiers, c'est toute l'économie de la sûreté qui vole en éclats. Sa volonté clairement exprimée consiste à garantir la dette d'un tiers tout en mettant à l'abri la quasi-totalité de son patrimoine du droit de poursuite du créancier. Conférer un droit de gage général au bénéficiaire entre donc en contradiction avec la volonté des parties, qui constitue pourtant la boussole de l'auteur². Dans le cas d'un « cautionnement hypothécaire », comment justifier que le créancier puisse disposer de trois droits de poursuite en cas de cession de l'immeuble hypothéqué ?³ D'une part, la sûreté réelle ne devient pas inefficace pour autant. D'autre part, consentir à la constitution d'une sûreté réelle avec droit de suite, n'est-ce pas ménager la possibilité de céder le bien grevé sans encourir de critique de la part du créancier ?⁴ Dans la majorité des hypothèses, la purge réalisée par le tiers acquéreur dispense de se poser la question. Lorsque la purge n'a pas lieu, le transfert de la charge de la sûreté réelle au tiers acquéreur suffit à assurer la sécurité du créancier. Si rien n'est prévu dans le contrat, la baisse

¹ V. *infra*, n° 420 et s.

² V., par ex., J.-J. Ansault, th. précitée, n° 222, p. 199.

³ Dans une telle configuration, le créancier pourrait en effet agir contre le débiteur principal pour obtenir le paiement de sa dette, contre le tiers acquéreur au titre de la sûreté réelle et enfin contre celui qui s'est engagé comme caution réelle pour qu'il exécute son obligation personnelle de garantie.

⁴ Rappr. Civ. 1^{er}, 5 juillet 2006, n° 04-11916 puis, dans la même affaire, CA Paris, 15^e Chambre, section B, 26 juin 2008, n° 06/17696 : « *considérant, sur le premier grief, que le droit de suite fait obstacle à la diminution de la garantie inhérente à l'hypothèque ; qu'il en résulte que la donation-partage du bien sur lequel une hypothèque avait été inscrite par la société UCB Entreprises ne l'a pas privée de son gage pour le recouvrement de sa créance dans l'avenir* ».

de valeur de l'assiette de la sûreté réelle pour autrui se fait au détriment du créancier. Dans le cas où le bien cédé était grevé d'une sûreté réelle ne conférant pas de droit de suite, le bénéficiaire peut toujours recourir à l'action paulienne « spéciale », ce qui permet de lui rendre inopposable le transfert de propriété¹. Le Code civil, la jurisprudence et l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant le disent de façon assez claire : l'assiette du droit de poursuite du créancier à l'encontre du tiers garant est limitée aux biens que ce dernier a affecté en garantie à son profit².

418. De même, au nom de quel principe le bénéficiaire d'une telle sûreté devrait-il pouvoir échapper à la discipline collective résultant des règles du Livre VI du Code de commerce ? S'il omet de déclarer sa sûreté dans la procédure collective du débiteur principal alors même qu'il a bénéficié de l'avertissement personnel adressé par les organes de la procédure ou s'il n'inscrit pas sa sûreté avant le jugement d'ouverture d'une telle procédure, il n'a pas été assez diligent. Dans certains cas, la sûreté réelle permet à son titulaire de s'extraire de la procédure collective³. Ces exceptions existent cependant en nombre limité et le seul fait de garantir la dette d'autrui ne devrait pas permettre d'en ajouter d'autres. Même si l'on reconnaissait l'existence de l'obligation personnelle de garantie dans la sûreté réelle pour autrui, la construction ne convaincrat pas : par cette obligation, la caution « personnelle » s'engage à faire le nécessaire pour préserver la confiance du créancier en mettant son patrimoine à sa disposition. Il s'agit donc d'une obligation de couvrir le risque de défaillance du débiteur principal sur l'intégralité du patrimoine de la caution, et l'on voit mal à quel titre elle pourrait se traduire par la nécessité de couvrir les conséquences néfastes du comportement insouciant du créancier. Le « cautionnement réel » ne peut s'analyser en une assurance tous-risques.

419. Toutes les théories faisant une part à une obligation personnelle de la « caution réelle » présentent donc des conséquences inacceptables. Il faut alors l'écarter définitivement en reconnaissant que l'élément « cautionnement » de la sûreté réelle pour autrui se limite à

¹ V. *supra*, n° 347 et s.

² Les formulaires à destination des professionnels sont également fidèles à ce principe. V., par ex., sur la base de données Lamyline, parmi les *formulaires ProActa financements et sûretés*, le formulaire 140-50 – « Affectation hypothécaire par un tiers », qui stipule, dans sa première condition, que « la présente affectation hypothécaire n'entraînera de la part de _____ (nom du constituant) aucun engagement personnel au paiement de la dette pour sûreté de laquelle est consentie, l'obligation de _____ (nom du constituant) se limitant à l'affectation de l'immeuble par hypothèque ».

³ V. *supra*, n° 356, et *infra*, n° 659 et s.

l'obligation de garantir la dette d'autrui, sans engagement personnel de sa part¹. Il s'agit d'une obligation réelle, à l'exemple de celle qui existe au cœur de la sûreté réelle pour soi-même².

420. La structure de l'obligation réelle du constituant. L'existence d'un droit de poursuite chirographaire du bénéficiaire d'une sûreté réelle pour autrui ne peut découler que de l'existence d'une obligation personnelle à la charge du constituant. Mais quelle serait son origine ? D'après M. Ansault, elle naît de la volonté du constituant de garantir les dettes d'un tiers, et de cette seule volonté. Le fait que le « cautionnement réel » corresponde parfaitement au concept de cautionnement énoncé par l'article 2288 du Code civil ne lui suffit pas pour permettre l'application du régime de cette sûreté, il faut encore que l'obligation des deux cautions soit identique. Il écrit ainsi que « *la caution réelle entend bien garantir le créancier contre les aléas du non-paiement par le débiteur principal. [...] elle souscrit bien une obligation personnelle de garantir au sens large* »³. Dans ce cas, les seules différences entre les deux types de cautionnement se situeraient au stade de la mise en œuvre de la garantie : à l'obligation personnelle de règlement de la caution « personnelle » s'opposerait l'obligation réelle de règlement de la « caution réelle ». Le raisonnement ne convainc pourtant pas.

421. En effet, au cours de la vie de la sûreté, de sa constitution jusqu'à sa mise en œuvre, le constituant est-il vraiment astreint aux mêmes obligations dans le cadre d'un cautionnement personnel et d'une sûreté réelle pour autrui ? Si la consistance de « l'obligation de couverture » de la caution a pu être contestée, une telle critique est dépourvue de portée en matière de sûreté réelle pour autrui : loin de s'engager abstraitement à préserver la confiance du créancier en mettant son patrimoine à sa disposition, la « caution réelle » est tenue de respecter « *les*

¹ Dans le même sens, v. les décisions C.06.0089.N et C.14.0275.N rendues le 22 décembre 2006 et le 29 mai 2015 par la Cour de cassation belge. Dans ce deuxième arrêt, la Cour suprême affirme que « *le tiers qui fournit une sûreté réelle au créancier pour garantir la dette d'une autre personne n'est pas, contrairement à la caution, tenu de cette dette sur l'ensemble de son patrimoine, mais ne doit intervenir qu'à concurrence de la sûreté réelle* ». Sur l'ensemble de la question en droit belge, v. A. Toussaint, « Le cautionnement réel : une simple sûreté réelle pour autrui ? », in I. Durant (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, Commission Université-Palais, Université de Liège, vol. 176, Anthémis, 2017, p. 153 et s. Adde F. Grua, « Le cautionnement réel », art. précité, n° 42 : « *Un cautionnement réel ne dégénère jamais en cautionnement ou en simple sûreté réelle : il n'est lui-même qu'à condition d'être les deux* ».

² En ce sens, Ph. Simler, « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », art. précité, spé. n° 10 : « *le cautionnement réel (ou hypothécaire) est une sûreté réelle, au-delà ou au sein de laquelle il n'y a pas lieu de vouloir découvrir un quelconque engagement personnel sous-jacent. La caution réelle n'est autre chose qu'un tiers-constituant et son engagement n'a d'autre signification que l'affectation du seul bien visé à la garantie de la dette du débiteur* ».

³ J.-J. Ansault, th. précitée, n° 252, p. 226.

exigences conservatoires contraignantes des sûretés réelles »¹. C'est ainsi que le créancier dispose de l'action paulienne « spéciale » l'autorisant à critiquer un acte qui rend son droit préférentiel ou exclusif moins efficace – ou le fait disparaître – sans avoir à rapporter la preuve de l'insolvabilité de la « caution réelle »². On remarque également que, les textes relatifs à l'obligation de conservation du constituant d'une sûreté réelle étant rédigés dans des termes larges, c'est tout naturellement qu'ils trouvent à s'appliquer dans les relations entre le créancier et la « caution réelle »³. C'est donc que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui est tenu d'une prestation réelle de couverture⁴ dès la constitution de la sûreté, et non d'une simple obligation personnelle, au domaine plus étendu mais aux effets bien moins contraignants. Les pouvoirs de gestion de la « caution réelle » sont réduits et une obligation de conservation est mise à sa charge sur la portion de son patrimoine affectée à la garantie du paiement du créancier afin d'assurer à ce dernier la consistance de son droit de gage spécial. Le refus de reconnaître l'existence de l'obligation réelle de garantie résulte d'une pétition de principe, qui ressort notamment des travaux de MM. Jourdain et Kanayama, et qui n'est pas plus fondée ici qu'en matière de sûretés réelles pour soi-même. Le simple fait de s'engager pour autrui ne permet pas de présumer de la nature personnelle de l'obligation, il faut encore examiner précisément ce à quoi le constituant s'engage.

422. De même, lorsque le débiteur principal est défaillant, la prestation de règlement à la charge du constituant est nécessairement réelle. C'est tout d'abord une question de structure : il est logique que de l'existence d'une prestation réelle de couverture au cours de la période de couverture ne puissent découler que des prestations réelles de règlement. C'est ensuite le droit positif qui incite à aller en ce sens en insistant sur la restriction du droit de poursuite du bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui aux seuls biens grevés. Le constituant est tenu d'une obligation monétaire dont le *quantum* est fixé par référence à la plus faible des deux sommes entre la valeur de l'assiette au jour de la demande d'exécution du créancier et le montant de la

¹ *Ibid.*, n° 401 et s., p. 374 et s.

² V. not. Civ. 1^{er}, 5 juillet 2006, n° 04-11916.

³ Sur la recension de ces textes, v. *supra*, n° 344.

⁴ Sur son contenu, v. *supra*, n° 336 et s.

créance garantie¹. C'est dire que les droits du créancier sont intégralement contenus dans la sûreté réelle et que l'impossibilité de la mettre en œuvre pour quelque cause que ce soit ne peut aboutir qu'à l'impossibilité de poursuivre le garant, par exemple en cas de perte du droit de poursuite résultant de la disparition fortuite de l'assiette de la sûreté². Contrairement aux règles en vigueur dans les relations entre le créancier et le débiteur principal constituant une sûreté réelle pour garantir sa propre dette, dans notre situation les deux droits de poursuite du créancier s'exercent à l'encontre de deux débiteurs différents. La perte de la sûreté sans faute du constituant ne laisse donc au créancier que son droit de poursuite chirographaire contre le débiteur principal. Au terme de l'analyse, force est de constater que la « caution réelle » assume une obligation réelle de garantir la dette du débiteur principal, qui se décompose en une prestation réelle de couverture de la dette d'autrui et une prestation réelle de règlement de la dette d'autrui.

423. Conclusion de la section 1. Ainsi, toute analyse « moniste » de la sûreté réelle pour autrui doit être réfutée. Le droit des sûretés personnelles ne peut l'accueillir exclusivement en raison de l'absence de dispositions régissant le droit préférentiel ou exclusif du créancier. De même, le droit des sûretés réelles doit se résigner à ne l'accueillir que partiellement, car il est conçu pour celui qui consent une telle sûreté en garantie de sa propre dette. L'analyse « dualiste », support d'une qualification distributive, est alors celle qui rend le mieux compte de la nature particulière de cette garantie. Il faut toutefois se garder de confondre la sûreté réelle pour autrui, sûreté hybride, de la juxtaposition d'un cautionnement personnel et d'une sûreté réelle. Dans l'hypothèse qui nous occupe, il n'existe qu'une seule sûreté.

Une meilleure compréhension de cette sûreté singulière passe ensuite par la nécessité de cerner exactement l'objet de l'obligation du constituant. Il n'est pas seulement tenu de subir passivement la saisie de l'assiette de la sûreté en cas de défaillance du débiteur principal, mais surtout de payer la dette de ce dernier s'il ne le fait pas lui-même, ce qui entérine la qualification de cautionnement. On ne trouve cependant pas la moindre parcelle d'engagement personnel

¹ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 92, pp. 140-141 : « Il est d'usage de considérer que la caution réelle qui a constitué hypothèque au profit du créancier est tenue dans la limite de la valeur de l'immeuble. La formule est sans doute trop générale pour être exacte et demande explication [...] S'il ressort de l'acte constitutif que l'hypothèque a été constituée pour garantir un maximum, c'est à la somme énoncée dans cet acte que doit être fixée la part de la caution réelle. Cette part peut, dès lors, être inférieure à la valeur de l'immeuble. On retiendra, en revanche, la valeur de l'immeuble lorsque l'inscription est prise pour une somme en principal portant intérêts ».

² V. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 587 et s., p. 531 et s.

dans ce cautionnement décidément bien original : de la constitution de la sûreté jusqu'au paiement de la dette, le constituant est tenu à titre réel. Il doit conserver l'assiette de la sûreté, ne peut en disposer si un préjudice en résulte pour le créancier et ne saurait être tenu de payer au-delà de la valeur du bien. Il contracte donc une obligation réelle de garantir la dette d'autrui. La fixation du régime de la sûreté nécessite alors de « piocher » des dispositions à la fois dans le régime des sûretés réelles et personnelles. La difficulté à résoudre repose essentiellement dans la fixation d'un critère permettant de déterminer précisément les règles du cautionnement personnel applicables à ce que l'on devrait à nouveau appeler le cautionnement réel¹. Il nous semble que l'existence d'une obligation réelle de garantir la dette d'autrui justifie l'application de principe du régime du cautionnement personnel au cautionnement réel, exception faite des règles fondées sur l'existence d'une obligation personnelle à la charge de la caution.

Section 2 : L'application raisonnée du régime du cautionnement

424. Plan. La doctrine majoritaire estime que l'élaboration du régime du cautionnement réel doit se faire sans référence directe au droit du cautionnement personnel, soit parce que la caution réelle n'assumerait aucune obligation² soit parce que le constituant d'une « sûreté réelle pour autrui » ne serait pas une caution. Seules les voies de l'analogie ou de l'application du droit commun des obligations resteraient alors ouvertes pour édifier le régime de cette sûreté.

Ce n'est pourtant pas la voie choisie par le législateur en matière de procédures collectives. Depuis 2005, il exprime sa volonté de traiter la caution réelle comme une véritable caution lorsque le débiteur garanti subit l'ouverture d'une telle procédure. Loin d'être uniquement justifié par l'appartenance commune des deux types de cautionnement à la catégorie des « sûretés pour autrui », ce traitement identique peut se réclamer de leur identité de structure (§1). Cette harmonisation devrait inspirer le juge appelé à trancher des litiges

¹ A partir de maintenant, l'expression sera employée sans guillemets. L'analyse de cette figure comme une garantie créatrice d'une obligation réelle de garantir la dette d'autrui, ce qui implique que le constituant s'engage à payer la dette du débiteur principal s'il n'y satisfait pas lui-même, dans la double limite de la valeur du bien et du montant de la créance garantie, montre bien que la sûreté réelle pour autrui est à la fois une sûreté réelle et un cautionnement.

² V., par ex., M. Mignot, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, coll. Cours, 3^e éd., 2017, n° 801, p. 313 : « *En raison de la nature réelle de la sûreté pour autrui, aucune règle propre au cautionnement ne doit s'y appliquer. Une règle est propre au cautionnement si elle trouve son fondement dans l'obligation mise à la charge de la caution* » (c'est l'auteur qui souligne).

relatifs au cautionnement réel en droit civil. Il est en effet nécessaire d'éviter tout dogmatisme en la matière. Lorsqu'une question se pose dans les mêmes termes pour les deux types de cautionnement, c'est-à-dire lorsque la solution ne dépend que de l'existence d'une obligation de garantir la dette d'autrui, alors, en principe, les règles du cautionnement personnel devraient directement être appliquées à la situation de la caution réelle (§2).

§1) La voie à suivre : le régime du cautionnement réel en procédure collective

425. Plan. Le Code de commerce traite de façon identique « *les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » dans la procédure collective qui frappe le débiteur principal. Sans doute inspirés par cette formule, des auteurs ont cherché à démontrer l'inutilité du concept de cautionnement réel. En effet, si le cautionnement personnel et la « sûreté réelle pour autrui » sont soumis au même régime, n'est-ce pas tout simplement en raison de leur appartenance commune à la catégorie des « sûretés pour autrui »¹ ?

C'est à notre sens faire fausse route. Il semblerait au contraire que « *violemment boutées hors du droit commun des sûretés, les « cautions réelles » ressuscitent dans un droit des sûretés spécial aux procédures collectives* »². La catégorie des sûretés pour autrui est certes importante pour comprendre les orientations contemporaines du droit des entreprises en difficulté car elle explicite la *ratio legis* qui se cache derrière l'harmonisation du sort des garants pour autrui, mais elle est inutile, voire néfaste, pour l'appréhension de la nature – et donc la fixation du régime – de la « sûreté réelle pour autrui ». En effet, affirmer que cette sûreté peut se voir

¹ En ce sens, A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », n° 3, p 4 : « rien ne justifie qu'un dirigeant soit placé dans une situation différente selon qu'il s'est porté caution personnelle ou qu'il n'a fait qu'affecter en garantie l'un de ses biens. Au contraire, dans l'un et l'autre cas, ce qui est déterminant c'est seulement le fait que le dirigeant garantit la dette de l'entreprise. Autrement dit, l'emporte l'identique aspect de sûreté pour autrui des deux mécanismes » ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 292, p. 203 ; J. Lelieur, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », art. précité, n° 16, p. 1248 : « la distinction entre sûreté « pour soi-même » et sûreté « pour autrui » n'apparaît ni dans le Code civil, ni parmi les principales divisions des manuels de doctrine. Jusqu'au 2 décembre 2005, cette distinction était d'ailleurs inutile, car elle se confondait avec celle qui oppose les sûretés personnelles aux sûretés réelles, les sûretés personnelles étant toujours stipulées pour autrui alors que les sûretés réelles servaient à garantir une dette propre, à l'exception du fameux « cautionnement réel ». Cette notion ayant implosé, la distinction entre les sûretés « pour soi-même » et « pour autrui » remonte automatiquement à un échelon supérieur dans la systématique des classifications des sûretés réelles » ; J.-D. Pellier, « La poursuite de la construction d'un régime des sûretés pour autrui », art. précité.

² L. Aynès et Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre... », *Dr. et Patr.* avril 2009.

appliquer le régime du cautionnement par analogie en raison de leur appartenance commune à la catégorie des sûretés pour autrui, c'est arrêter un peu tôt le raisonnement. Cette catégorie est essentiellement descriptive : elle rassemble des sûretés très différentes sous la même étiquette **(A)**.

Une fois l'application du régime du cautionnement justifiée par l'identité d'obligation assumée par le constituant d'un cautionnement personnel ou réel, il restera à fixer les grands principes du régime de cette sûreté dans le droit des procédures collectives. Eu égard à sa nature hybride, le jeu des règles relevant du régime des sûretés personnelles et des sûretés réelles va s'organiser de manière distributive¹ : le droit du cautionnement régit la situation du créancier face à la procédure collective du débiteur principal, quand le droit des sûretés réelles exerce son empire dans les relations liant le bénéficiaire du cautionnement réel et le constituant mis en procédure collective **(B)**.

A) Le caractère purement descriptif de la catégorie des « sûretés pour autrui »

426. Instrumentalisation des « sûretés pour autrui » par le droit des procédures collectives. L'article 2287 du Code civil pose le principe de soumission des sûretés au droit des procédures collectives du Code de commerce et du Code de la consommation². Les considérations d'intérêt général qui sont au cœur de ce droit – maintien de l'activité des entreprises en difficulté, sauvegarde de l'emploi et prévention du surendettement des particuliers – autorisent, particulièrement depuis 1985, une diminution importante de l'efficacité de la plupart des garanties lorsque le débiteur se trouve assujéti à une telle procédure. Si les titulaires de sûretés réelles sont les plus durement touchés³, les prérogatives tirées des sûretés personnelles sont également amoindries. La discipline collective impose tout d'abord que, dans les procédures comportant une période d'observation, le garant personne physique ne puisse être poursuivi avant l'adoption du jugement fixant définitivement le sort du

¹ Sur la distributivité dans le cautionnement réel, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 317 et s., p. 282 et s., ainsi que n° 367 et s., p. 337 et s.

² Art. 2287 C. civ. : « les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ».

³ V. *infra*, n° 643 et s.

débiteur¹. L'instrumentalisation des « sûretés pour autrui » a lieu par la suite, une fois l'état du patrimoine du débiteur définitivement fixé : face au double constat que les entreprises ne peuvent être sauvées que si leurs difficultés ont été appréhendées suffisamment tôt et que les garants des dettes des entreprises sont bien souvent leurs dirigeants, le législateur a fait dépendre l'efficacité des sûretés consenties par des tiers de la procédure ouverte – et donc du comportement des dirigeants sociaux.

427. Ainsi, le « bon » dirigeant social, qui a fait preuve de diligence en sollicitant une aide extérieure pour résoudre les difficultés de son entreprise avant qu'elles ne deviennent trop importantes, est autorisé à se prévaloir des dispositions de l'accord de conciliation² ou du plan de sauvegarde³. Dans une telle hypothèse, la procédure de traitement amiable ou judiciaire des difficultés de l'entreprise a été ouverte à la demande du débiteur⁴, ce qui prouve que le dirigeant a joué le rôle que le législateur lui a attribué : saisir le tribunal avant que la cessation des paiements ne survienne. Faute de cessation des paiements, le débiteur ne peut être considéré comme défaillant, ce qui a pour conséquence l'impossibilité pour les créanciers de mettre en œuvre leurs sûretés. Ils devront donc respecter les délais et remises consentis, tant à l'égard du débiteur que des garants personnes physiques⁵.

428. A l'inverse, le « mauvais » dirigeant social, qui n'a pas agi suffisamment tôt et a été forcé de déposer son bilan – ou a subi l'ouverture de la procédure demandée par une autre personne – n'a pas rempli le rôle que lui a assigné le législateur. Une procédure de redressement ou de liquidation a été ouverte, preuve que les difficultés de l'entreprise sont importantes, ce qui implique que les objectifs du droit des procédures collectives risquent de ne pas être pleinement atteints. La cessation des paiements du débiteur constituant un cas de défaillance, il est logique que les créanciers soient autorisés à actionner les garants en paiement, sans que

¹ Art. L. 622-28, al. 2 C. com. pour la procédure de sauvegarde, applicable aux procédures de redressement et liquidation par renvoi des articles L. 631-14 et L. 641-3 du même Code.

² Il faut noter que la règle protège également l'efficacité de l'accord de conciliation, qui aurait été mise à mal si les cautions avaient pu exercer leurs recours contre le débiteur après avoir été appelées en paiement par les créanciers.

³ Art. L. 611-10-2 et L. 626-11 C. com. Tous les garants peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord de conciliation, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

⁴ Art. L. 611-6, al. 1 et L. 620-1 C. com.

⁵ Sur la possibilité pour une caution de se prévaloir des délais et remises accordés au débiteur principal dans le cadre de l'ancienne procédure de règlement amiable, v. Com., 5 mai 2004, *Bull. civ.* IV, n° 84, p. 87 (n° 01-03873).

ceux-ci ne puissent se prévaloir des délais et remises¹. Ils subissent alors les conséquences de ce que le législateur considère comme une mauvaise gestion de l'entreprise². Les droits reconnus aux créanciers sont donc à la mesure du comportement adopté par les dirigeants sociaux, signe de l'instrumentalisation du régime des sûretés pour autrui. Cela ne signifie pas pour autant qu'il s'agit là d'une catégorie homogène...

429. L'absence de vertu explicative de la catégorie des « sûretés pour autrui ». Les cautions réelles ne sont qu'une des catégories de garants citées par les textes du Code de commerce, ce qui interdit tout rapprochement entre cautionnement personnel et « sûreté réelle pour autrui » selon certains auteurs³. Les dispositions du droit des procédures collectives constitueraient en réalité une manifestation de l'émergence d'une catégorie nouvelle, les « sûretés pour autrui », qui comprendrait également la coobligation, la garantie autonome et la lettre d'intention⁴. Il faudrait donc travailler à l'établissement du droit commun de cette nouvelle catégorie plutôt que de tenter de justifier le rapprochement entre les différents types de cautionnement qui a été condamné en 2005, le droit des procédures collectives traitant de manière identique ceux qui s'obligent personnellement à garantir la dette d'autrui et celui qui ne fait qu'affecter ses biens à la garantie d'une telle dette. La création de cette catégorie ne paraît pourtant ni utile, ni souhaitable, dans le cadre d'une étude consacrée au cautionnement réel.

430. La présence des coobligés dans la liste fixée par les textes du Code de commerce ne doit pas surprendre. Lorsque la coobligation joue le rôle d'une sûreté, c'est-à-dire lorsque le tiers n'est pas intéressé à la dette, il a été démontré que le codébiteur est en réalité engagé comme une caution⁵.

¹ Art. L. 631-20 C. com.

² Sur l'impossibilité pour une caution de se prévaloir des délais et remises accordés au débiteur principal en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, v. Com., 17 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 355, p. 253 (n° 89-14997). Pour la même solution en matière de surendettement, mais à propos de la situation d'un codébiteur solidaire, v. Civ. 1^e, 6 novembre 2001, *Bull. civ.* I, n° 269, p. 170 (n° 00-04206).

³ V. les auteurs cités *supra*, n. 1, p. 335.

⁴ Pour une interprétation bien plus large de la notion de sûreté personnelle, v. N. Borga, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *RDBF* mai 2009, étude 20, n° 22, favorable à l'approche fonctionnelle de la notion ; J.-D. Pellier, « La poursuite de la construction d'un régime des sûretés pour autrui », art. précité, n° 4, incluant également la délégation aux fins de sûreté et le porte-fort de l'exécution. La qualification de sûreté personnelle attribuée à certains mécanismes étant affaire de sensibilité, nous préférons nous en tenir aux techniques définies expressément comme telles par le législateur à l'article 2287-1 C. civ.

⁵ V. l'analyse de l'ancien art. 1216 C. civ. réalisée par M. Dupichot dans sa thèse, n° 369 et s., p. 313 et s.

431. La mention des garants autonomes est autrement plus dérangeante d'un point de vue théorique, ceux-ci prenant un engagement bien différent de celui d'une caution¹. C'est précisément la raison pour laquelle la création de la catégorie des « sûretés pour autrui » n'est pas la conséquence logique du traitement identique des différents garants pour autrui par le droit des procédures collectives. Les textes du Code de commerce s'insèrent sans heurts dans le régime du cautionnement car ils se trouvent en harmonie avec sa nature. Les cautionnements personnel et réel sont des sûretés accessoires et subsidiaires², ce qui implique notamment que le paiement ne puisse être réclamé à la caution qu'une fois la défaillance du débiteur principal constatée. L'article 2288 du Code civil fait de cette défaillance un élément essentiel de la mise en œuvre du cautionnement. Après cette date, si la caution personnelle ou réelle ne paye pas lorsque le créancier l'appelle en garantie, ce dernier peut mettre en œuvre l'exécution forcée sur ses biens³. Tout ceci explique pourquoi le régime du cautionnement dans la procédure collective affectant le débiteur principal se comprend parfaitement : si le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de conciliation ou de sauvegarde judiciaire, il connaît des difficultés sans être défaillant, ce qui interdit au créancier d'agir contre la caution en vertu de la subsidiarité de son engagement. En revanche, lorsque le débiteur est placé en redressement ou liquidation judiciaires, sa cessation des paiements constitue précisément un cas de défaillance contre lequel le cautionnement est censé protéger le créancier, ce qui justifie la mise à l'écart de son caractère accessoire⁴.

432. A l'inverse, la garantie autonome n'est pas pleinement accessoire ni nécessairement subsidiaire. Comme son nom l'indique, la phase d'exécution de la sûreté est régie par un principe d'autonomie, qui suppose notamment que le garant paye dès que le bénéficiaire en

¹ L'objet de l'obligation du garant autonome est le versement d'une somme d'argent lorsque le bénéficiaire le demande, alors que la caution prend l'engagement d'exécuter l'obligation du débiteur principal s'il ne le fait pas lui-même. La rédaction d'un contrat de garantie autonome suppose donc que les stipulations soient soigneusement rédigées afin que l'autonomie de l'obligation du garant apparaisse très clairement, v. not. Com., 13 décembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 375, p. 309 (n° 92-12626) pour un exemple de requalification en cautionnement. Comp. également la rédaction des art. 2288 et 2321 C. civ.

² La subsidiarité du cautionnement réel présente toutefois une physionomie particulière. S'il s'agit bien d'une « *technique de coordination d'éléments concurrents qui subordonne à la défaillance de l'élément premier le recours à l'élément subsidiaire* », (A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. Crocq, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013, n° 101, p. 58), elle emprunte ici ses caractères aux deux types de sûretés dont le cautionnement réel réalise la combinaison. La défaillance du débiteur principal, élément premier, conditionne la possibilité d'agir contre le tiers garant par la mise en œuvre de la sûreté réelle concédée, élément subsidiaire. Sur la subsidiarité comme élément du droit commun des sûretés, v. n° 453, pp. 308-309.

³ Pour la démonstration de l'identité de structure entre les cautionnements personnel et réel, v. *supra*, n° 402 et s.

⁴ P. Crocq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 171 et s.

formule la demande, si elle est conforme aux stipulations du contrat de garantie¹. Il est donc possible de réclamer le paiement au garant autonome alors que le donneur d'ordre n'est pas défaillant. La politique juridique conduit alors à malmener la nature de la garantie autonome² : en principe, si le bénéficiaire formule sa demande de paiement alors qu'une procédure de sauvegarde est ouverte contre le donneur d'ordre, le garant devrait être obligé de payer, la défaillance du débiteur garanti ne constituant pas une condition préalable à la mise en œuvre de la garantie. Le droit de poursuite du bénéficiaire est paralysé dans le seul but d'éviter le contournement du régime impératif du cautionnement par le recours à la garantie autonome. Dès lors que les textes du Code de commerce respectent parfaitement la nature du cautionnement personnel et de la « sûreté réelle pour autrui » tout en maltraitant le principe fondamental qui se situe au cœur du régime de la garantie autonome, l'on peut affirmer que la catégorie des sûretés pour autrui n'explique rien quant à notre sujet³. Le droit des procédures collectives instrumentalise les différents cautionnements en faisant varier l'intensité du lien d'accessoire suivant la procédure ouverte à l'encontre du débiteur principal, puis soumet la garantie autonome au même régime afin d'éviter les fraudes. Il faut donc restituer sa place à la distinction des sûretés pour soi-même et pour autrui.

433. La portée de la distinction des sûretés réelles pour soi-même et pour autrui. Les auteurs qui appellent de leurs vœux l'émergence de la catégorie des sûretés pour autrui souhaitent bien souvent que l'opposition « sûretés réelles pour soi-même » / « sûretés réelles pour autrui » devienne l'une des grandes divisions du droit des sûretés réelles. Cette proposition doit être pleinement approuvée, à une réserve près : l'opposition doit se faire entre sûretés réelles pour soi-même et cautionnement réel, la précision terminologique servant à bannir l'idée qu'il pourrait exister des sûretés réelles pour autrui qui ne soient pas des cautionnements.

¹ Pour un exemple de mise en œuvre de la responsabilité du garant qui a payé malgré un appel irrégulier, v. Com., 30 mars 2010, *Bull. civ. IV*, n° 65 (n° 09-12701).

² En ce sens, P. Crocq, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés », *Dr. et Patr. janv. 2005, in fine*, ou encore « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D. 2006. 1306*, n° 22 et s.

³ V. également D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 6, p. 369 : « si les membres du groupe avaient pu intervenir en amont, les garanties autonomes n'auraient pas été assimilées à des cautionnements lorsqu'il s'agit d'organiser le droit de poursuite du créancier ».

434. En effet, il ne peut exister de garantie autonome réelle¹. La garantie autonome, à l'exemple des actes abstraits connus par certains droits étrangers, est une sûreté détachée de sa cause. Le garant prend l'engagement de verser une somme d'argent au bénéficiaire « *en considération* » d'une obligation principale, mais non d'exécuter l'obligation du débiteur principal s'il s'avérait défaillant. Or, la sûreté réelle pour autrui ne peut jamais être autonome : le principe de spécialité quant à la créance garantie, bien qu'affaibli², continue à s'y opposer par l'exigence d'indications d'éléments suffisamment précis, dans l'acte constitutif de la sûreté réelle, afin de s'assurer de la déterminabilité des créances garanties.

435. A l'impossibilité théorique s'ajoute une inutilité pratique. La garantie autonome a pour avantage essentiel la rapidité de sa mise en œuvre. Solution de substitution au gage-espèces dans les relations internationales, elle conserve son intérêt en droit interne lorsqu'elle est constituée par une banque, qui paye dès l'appel de la garantie afin de préserver sa réputation. En revanche, l'on comprend difficilement l'utilité que pourrait présenter une garantie autonome réelle consentie par une personne physique ou une personne morale hors établissement de crédit en droit interne. Outre l'alignement du régime de la garantie autonome sur celui du cautionnement pour éviter le contournement de son régime impératif, l'on peut être certain que sa mise en œuvre serait l'occasion de multiples contestations.

436. La portée du rapprochement amorcé au chapitre précédent peut donc être précisée avec davantage de rigueur : le gommage des différences entre sûretés réelles et personnelles consiste en réalité en un rapprochement des sûretés réelles et du seul cautionnement. Il n'est alors pas étonnant que la « sûreté réelle pour autrui », hybride des deux catégories de la *summa divisio* des sûretés, ne puisse exister que sous la forme d'un cautionnement réel. Tous les éléments nécessaires à la fixation du régime de cette sûreté au sein du droit des procédures collectives sont donc désormais à notre disposition.

¹ V. déjà J.-J. Ansault, th. précitée, n° 302 et s., p. 263 et s., fondant son raisonnement sur le principe « pas de privilège sans texte ».

² V. *supra*, n° 304 et s.

B) La distributivité mise en œuvre dans le droit des procédures collectives

437. Le critère de la distributivité. La « sûreté réelle pour autrui » constituant un véritable cautionnement réel, les dispositions composant les régimes du cautionnement et de la sûreté réelle choisie ont toutes vocation à s'appliquer en principe. Encore faut-il pouvoir établir un critère permettant de déterminer, en cas de conflit, si la règle relevant du régime de la sûreté personnelle ou réelle doit être mise en œuvre. En matière de procédures collectives, il nous semble possible de résoudre simplement les difficultés en énonçant deux règles inspirées de la distinction proposée par Dabin entre objet et contenu du droit¹. Face à la procédure collective du débiteur principal, les cautionnements réel et personnel doivent être traités de manière identique, l'objet du droit étant l'obligation prise par le tiers de garantir la dette d'autrui. Seul le fait que le bénéficiaire soit créancier d'un tiers importe. L'identité de nature de l'obligation du constituant dans les deux types de cautionnement justifie que le régime du cautionnement personnel en procédure collective soit également appliqué au cautionnement réel dans la procédure collective du débiteur principal².

438. En revanche, face à la procédure collective du constituant, c'est le contenu du droit qui doit monopoliser notre attention. Dans cette situation, le bénéficiaire du cautionnement réel souhaitant primer ses concurrents sur les biens qui sont affectés à la garantie de sa créance, l'examen des prérogatives attachées à la sûreté est essentiel. La différence entre cautionnement personnel et réel saute aux yeux : là où le bénéficiaire de la première variété de cautionnement n'est qu'un créancier chirographaire, le titulaire d'une « sûreté réelle pour autrui » jouit d'un droit dont le but est de rompre l'égalité entre les créanciers. Le fossé qui sépare les prérogatives conférées par les deux types de cautionnement justifie que le cautionnement réel soit soumis au

¹ J. Dabin, *Le droit subjectif*, préf. C. Atias, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2008, pp. 168-169 : « Il ne faut pas confondre l'objet d'un droit avec son contenu. Le contenu d'un droit est ce qui le délimite dans son mode et dans son étendue : il inclut telle prérogative ou tel « faisceau » de prérogatives. L'objet du droit est ce sur quoi porte le droit ainsi délimité. Par exemple, [...] le contenu du droit de créance est la prestation plus ou moins large due par le débiteur ; l'objet du droit est l'obligation par laquelle le débiteur est tenu de cette prestation ».

² En ce sens, déjà, J.-J. Ansault, th. précitée, n° 626, pp. 578-579 : « ce principe d'une assimilation des règles applicables aux deux formes de cautionnement face à l'insolvabilité du débiteur dépasse les contingences immédiates et doit continuer à servir de cap au législateur de demain [...] Il doit également être un guide pour le juge amené à trancher un contentieux dans ces domaines spécifiques ».

régime de la sûreté réelle choisie dans la procédure collective du constituant¹. La distributivité peut alors s'organiser de manière harmonieuse, chaque corps de règles traitant d'une question distincte, sans risque de conflits. On prendra quelques exemples afin de vérifier cette proposition.

439. Régime du cautionnement personnel et procédure collective du débiteur. Quand le débiteur principal est mis en procédure collective, le créancier risque fortement de ne pas percevoir la somme attendue dans les délais prévus. Ce qui lui importe alors, c'est d'obtenir l'exécution de l'obligation de garantir la dette d'autrui qui incombe à la caution réelle. Tant que la validité de la sûreté n'est pas remise en cause, une seule question se pose : dans quelles conditions le créancier, bénéficiaire d'un droit de poursuite contre un tiers, peut-il agir contre celui-ci lorsqu'une des procédures du Livre VI du Code de commerce est ouverte à l'encontre du débiteur principal ? Les réponses se trouvent dans l'application pure et simple du droit du cautionnement.

440. Cautionnement réel et déclaration de créance. Le premier point à étudier concerne la déclaration de créance : le créancier qui dispose d'un droit de poursuite contre un tiers doit-il déclarer sa créance – et sa sûreté – à la procédure collective du débiteur ? Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la réponse était positive, car la sanction attachée au défaut de déclaration était l'extinction de la créance, ce qui entraînait par ricochet l'extinction des sûretés qui la garantissaient². Cette solution demeure en matière de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire³ et de succession acceptée à concurrence de l'actif net⁴, ce qui rend la déclaration par le bénéficiaire du cautionnement réel impérative. La réponse doit être plus nuancée aujourd'hui quant aux procédures organisées par le Code de commerce. Certes, la réforme des procédures collectives du 26 juillet 2005 a modifié la sanction du défaut de

¹ Comp. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 664, p. 618 : « dans la mesure où le bénéficiaire du cautionnement réel tente d'obtenir un paiement de la caution réelle soumise à une procédure collective, c'est par les atteintes portées aux attributs de l'obligation réelle de règlement que le régime du contrat de cautionnement réel sera modifié ».

² Pour l'extinction d'un cautionnement, v. Com., 17 juillet 1990, *Bull. civ. IV*, n° 214, p. 147 (n° 88-15630 et 89-13439).

³ Art. L. 742-10 C. conso. : « Les créanciers produisent leurs créances dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ; les créances qui n'ont pas été produites dans un délai fixé par ce décret sont éteintes, sauf à ce que soit prononcé par le juge un relevé de forclusion ».

⁴ Art. 792 C. civ., qui dispose que si les créanciers de la succession dépourvus de sûretés « sur les biens de la succession » ne déclarent pas leurs créances dans le délai de quinze mois à compter de la publication de la décision de l'héritier, celles-ci sont éteintes. Elles disparaissent alors avec tous leurs accessoires, y compris d'éventuels cautionnements réels, les biens du tiers garant se trouvant hors de la succession.

déclaration, le législateur ayant opté pour l'impossibilité de participer aux répartitions et dividendes¹. La créance n'étant pas éteinte mais seulement « inopposable » à la procédure, l'on pourrait songer que le bénéficiaire d'un cautionnement réel devrait être déchargé de son obligation de déclarer. Ce serait toutefois ignorer le régime de faveur mis en place au profit des garants personnes physiques. En effet, aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 622-26 du Code de commerce, les créances non déclarées sont inopposables à ces garants pendant l'exécution du plan de sauvegarde. La *ratio legis* de cette règle étant la même que celle de l'article L. 626-11 du même Code, le domaine de ces deux dispositions est identique : elles ne bénéficient pas aux personnes morales et ne jouent pas en cas de redressement judiciaire². Le titulaire d'un cautionnement réel a donc particulièrement intérêt à déclarer sa créance lorsque son garant est une personne physique et que son débiteur est soumis à une procédure de sauvegarde. Dans les autres situations, il est fortement conseillé au créancier de procéder à la déclaration, sans que son omission ait une quelconque influence sur son droit d'agir contre la caution réelle. Il faut enfin noter que seule la créance doit être déclarée et non le cautionnement réel, car son assiette est composée de biens appartenant à un tiers³.

441. Cautionnement réel et période suspecte. Le deuxième point à considérer concerne la période suspecte : dans ce laps de temps, un créancier du débiteur mis en procédure collective est-il autorisé à demander la constitution d'un cautionnement réel ? L'objectif des textes instituant les nullités de la période suspecte étant de reconstituer le gage commun des créanciers en réduisant à néant les actes du débiteur susceptibles de contrevenir au principe d'égalité⁴, on voit mal pourquoi l'ouverture de la procédure à l'encontre du débiteur devrait empêcher un créancier d'exiger un cautionnement, quelle que soit sa nature. C'est effectivement ce qui ressort des dispositions du Code de commerce, l'article L. 632-1, 6° ne fulminant sa sanction qu'à l'encontre des sûretés réelles constituées « *sur les biens du débiteur* ». Le 9° du même article, qui traite du transfert de biens et de droits dans un patrimoine fiduciaire, ne devrait pas être interprété différemment. Le cautionnement, tant personnel que réel, ne diminue pas la

¹ Art. L. 622-26, al. 1 C. com.

² Art. L. 631-14 C. com., *in fine*.

³ Civ. 3°, 24 juin 1998, *Bull. civ.* III, n° 137, p. 91 (n° 97-17108).

⁴ V. *infra*, n° 680 et s.

consistance du gage commun des créanciers du débiteur, ce qui a pour conséquence la validité de sa constitution en période suspecte.

442. Droit d'agir contre la caution réelle. Enfin, quant au droit d'agir contre le garant une fois la procédure ouverte, il a déjà été observé que le traitement des cautionnements personnel et réel était identique. Pendant la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde, l'action est impossible contre le garant personne physique. Le créancier recouvre son droit de poursuite dans le redressement et la liquidation du débiteur. Le bénéficiaire d'un cautionnement réel se présentant face à la procédure collective du débiteur principal comme le créancier d'un tiers, sans entorse au principe d'égalité ou à la discipline collective, les règles applicables au cautionnement « classique » doivent être mises en œuvre. Le régime de la sûreté réelle n'a aucune raison de jouer lorsque le créancier n'entend se prévaloir que de l'existence de son droit de poursuite contre un tiers. En revanche, si le créancier veut primer ses concurrents au sein de la procédure collective du constituant, il lui faut faire valoir le contenu de son droit, ce qui entraîne l'application du régime de la sûreté réelle choisie.

443. Régime de la sûreté réelle et procédure collective du constituant. Lorsque le constituant se trouve également en procédure collective, la situation est différente. Le créancier ne lui réclame pas abstraitement l'exécution de son obligation de garantir la dette d'autrui, il entend concrètement faire reconnaître aux autres créanciers qu'il s'agit d'une obligation réelle, afin de pouvoir les primer dans le classement des causes de préférence, voire les évincer. La question qui se pose dans ce cas est la suivante : dans quelles conditions le créancier titulaire d'une sûreté peut-il se prévaloir d'une rupture d'égalité avec ses concurrents lorsqu'une des procédures du Livre VI du Code de commerce est ouverte à l'encontre du constituant ? Seul le droit des sûretés réelles est à même d'y répondre, le créancier agissant ici contre son débiteur réel.

444. Cautionnement réel et déclaration de créance. Si, comme nous le pensons, le titulaire d'un cautionnement réel est créancier du constituant, il est tenu de l'obligation de déclaration au sein de sa procédure collective. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens

par un arrêt de la Chambre commerciale rendu le 27 octobre 1998¹, avant de revenir sur sa position par une décision du 17 juin 2020² – cohérente avec le reste de sa jurisprudence sur la question, mais incompatible avec l'essence du cautionnement réel³. Cette déclaration doit toutefois être effectuée selon des modalités particulières, imprimées par la nature du cautionnement réel : le créancier doit clairement indiquer que sa créance est réelle et ne lui donne droit, en principe, qu'à percevoir la plus faible des deux sommes entre le montant de la créance garantie et la valeur des biens qui lui sont affectés. Toutefois, dans le cas du bénéficiaire d'un cautionnement réel constitué par un gage avec dépossession ou une fiducie-sûreté sans convention de mise à disposition, la titularité d'un droit exclusif lui permet d'espérer un paiement intégral de sa créance, sur autorisation du juge-commissaire⁴.

445. A défaut de droit exclusif, il est exceptionnel que le créancier soit intégralement désintéressé. Il est en effet très fréquent que les biens grevés d'un cautionnement réel conférant uniquement un droit préférentiel à son bénéficiaire soient vendus dans le cadre d'une cession amiable au cours de la période d'observation ou d'une cession globale d'entreprise. Dans ce cas, une quote-part du prix de cession est affectée au créancier⁵. Selon toutes probabilités, cette quote-part représente une somme inférieure au montant de la créance garantie. Il s'agit pourtant du prix de réalisation de l'assiette de la sûreté, ce qui doit conduire à sa purge⁶. La situation est similaire en liquidation judiciaire, le créancier ne pouvant exercer ses droits sur le prix du bien vendu isolément qu'après les titulaires de droits de préférence de meilleur rang. Le reliquat ne pourra donc être obtenu qu'auprès du débiteur, le constituant étant libéré lorsque le créancier perçoit la somme résultant de la vente des biens grevés⁷. L'obligation de déclaration est donc

¹ Com., 27 octobre 1998, *Bull. civ.* IV, n° 260, p. 216 (n° 96-14037) : « le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement réel ou personnel, dispose à l'égard de la caution d'un droit de créance, en cas de défaillance du débiteur principal, ce droit étant limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement, s'agissant d'un cautionnement réel ; dès lors, la cour d'appel, qui a décidé que l'obligation de déclarer la créance au passif de la caution soumise à une procédure collective s'imposait à la banque, a légalement justifié sa décision ».

² Com., 17 juin 2020, n° 19-13153, précité.

³ Rappr. J.-J. Ansault, obs. sous Com., 17 juin 2020, *D.* 2020. 1917, n° 15, critiquant le « jusqu'au-boutisme » de la Cour de cassation car, « quelle que soit la qualification retenue en la matière, l'existence d'un droit de poursuite ou de contrainte du créancier en cause à l'égard du constituant « failli » n'est pas à démontrer, peu important qu'il ne soit pas titulaire d'une « créance » au sens personneliste du terme. Et, de fait, le droit pragmatique des procédures collectives gagnerait à se montrer indifférent à de telles arguties ».

⁴ Art. L. 622-7, II C. com.

⁵ Sur le droit à la quote-part, v. *infra*, n° 695 et s., ainsi que n° 734.

⁶ En cas de vente amiable, c'est à l'acquéreur de déclencher les formalités de la purge, au vu de la rédaction de l'art. L. 622-8 C. com. En revanche, en matière de cession globale, elle est automatique selon l'art. L. 642-12, al. 1 à 3 C. com.

⁷ Ce qui signifie également que si la quote-part est absorbée par des créanciers de meilleur rang que le bénéficiaire du cautionnement réel, celui-ci perd sa sûreté et ne peut plus réclamer le paiement de sa créance qu'au débiteur principal, à titre chirographaire.

essentielle¹ et vaut pour toutes les procédures, mais il faut tenir compte du fait que la sûreté réelle est ici la mesure et la limite des droits du créancier. Si sa mise en œuvre ne lui permet pas d'obtenir le paiement intégral, il faut se tourner vers le débiteur principal, contre lequel le créancier conserve un droit de poursuite chirographaire, ce qui justifie l'intérêt d'avoir déclaré cette créance s'il se trouve lui-même en procédure collective. A l'inverse, si le bénéficiaire du cautionnement réel obtenait l'attribution judiciaire du bien gagé en liquidation judiciaire, il serait tenu de restituer le reliquat aux organes de la procédure dans l'hypothèse où la valeur du bien serait supérieure au montant de la créance garantie².

446. Cautionnement réel et période suspecte. En matière de nullités de la période suspecte, l'application du régime des sûretés réelles ne devrait pas conduire à nier la validité du cautionnement réel³. En effet, l'article L. 632-1, 6° et 9° du Code de commerce ne vise que les sûretés réelles – dont les fiducies avec patrimoine d'affectation – constituées après la date de cessation des paiements afin de garantir une dette « *antérieurement contractée* » par le débiteur soumis à la procédure. Il est alors logique que la jurisprudence refuse de prononcer la nullité d'un cautionnement réel sur ce fondement, le constituant devenant débiteur au moment où il consent à la naissance de la sûreté⁴. La dette et la sûreté naissant concomitamment, la nullité du cautionnement réel ne peut être prononcée, tout comme un nouveau créancier pourrait se faire consentir une sûreté réelle classique en contrepartie de son soutien à un débiteur en difficulté sans risque de voir sa validité contestée. La solution serait évidemment différente dans le cas où une caution personnelle contre-garantirait son engagement par une sûreté réelle au cours de la période suspecte⁵. Il faut toutefois réserver deux situations. Dans la première, le cautionnement réel a été valablement constitué puis a fait l'objet d'une substitution d'assiette ou de sûreté au cours de la période suspecte. La jurisprudence n'autorise de telles opérations

¹ Dans le même sens, mais en estimant que le constituant est tenu d'une obligation personnelle, P.-M. Le Corre, « Le cautionnement réel à l'épreuve des procédures collectives », *JCP E* 2002. 886, n° 7. Comp., estimant que le bénéficiaire du cautionnement réel peut mettre en œuvre sa garantie sans subir les effets de la procédure collective du constituant, et ce en raison de l'absence d'obligation personnelle qui pèse sur ce dernier, J. Vallansan, « La sûreté conférée par un tiers : entre obstacles et efficacité », art. précité, n° 38 et s.

² V. *infra*, n° 755.

³ V. également J.-J. Ansault, th. précitée, n° 629 et s., p. 581 et s.

⁴ Com., 10 décembre 2002, n° 99-19300, censurant une cour d'appel qui avait prononcé la nullité d'un cautionnement hypothécaire garantissant une ouverture de crédit déjà utilisée : « *en statuant ainsi, après avoir constaté que l'hypothèque a été consentie par M. X. le jour même où il est devenu débiteur de la banque en se portant caution de l'ouverture de crédit précédemment consentie à la société, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* ».

⁵ En ce sens, J.-J. Ansault, th. précitée, n. 191, p. 78.

que si elles n'aboutissent pas à conférer au créancier « *un gage supérieur, dans sa nature et dans son assiette, à celui initialement consenti* »¹. Dans la seconde, la constitution de la sûreté consentie à titre onéreux a été exigée par un créancier connaissant l'état de cessation des paiements du garant. La nullité facultative du premier alinéa de l'article L. 632-2 du Code de commerce devrait pouvoir lui être appliquée². Le cautionnement réel passe donc l'obstacle des nullités de la période suspecte dans les mêmes conditions que les sûretés réelles classiques : si la constitution de la sûreté a lieu pendant la période suspecte pour garantir une dette concomitante, il n'y a pas lieu de prononcer sa nullité ; en revanche, dans le cas où le cautionnement réel a pour effet d'appauvrir le constituant sans contrepartie, il doit être ou peut être annulé.

447. Droit d'agir contre la caution réelle. Enfin, la survenance de la procédure collective du constituant a pour conséquence essentielle, dans la majorité des cas, la paralysie du droit de poursuite du créancier. Sauf titularité d'un droit exclusif ou mise en œuvre du droit d'attribution judiciaire du gage en cas de liquidation judiciaire, le bénéficiaire du cautionnement réel ne peut recevoir le paiement volontaire du constituant³, ni l'exiger⁴, ni mettre en œuvre les procédures civiles d'exécution⁵. A ce stade, tout se passe comme si l'on se situait au cœur des relations entre un créancier et son débiteur constituant une sûreté réelle pour garantir sa propre dette : le paiement ne peut être reçu que dans les conditions fixées par le régime des sûretés réelles en procédure collective⁶.

¹ Com., 27 septembre 2016, n° 15-10421. Devrait donc être annulée la substitution d'un cautionnement réel prenant la forme d'un gage avec dépossession à une sûreté antérieure constituée sans dépossession, le droit de rétention matériel qui résulte de la dépossession rendant le droit du bénéficiaire bien plus efficace. De même, la mise en œuvre d'une clause d'arrosage ou d'accroissement, élargissant l'assiette de la sûreté sans contrepartie pour le constituant, ne devrait pas être tolérée, v. *infra*, n° 853 et s., ainsi que n° 869 et s.

² Pour être un acte onéreux au sens de la jurisprudence relative aux nullités de la période suspecte, il suffit que le cautionnement réel ait une contrepartie, de quelque nature que ce soit, pour le constituant (v., en matière de cautionnement personnel, Com., 19 novembre 2013, n° 12-23020 : *Attendu que [...] la société cautionnée est l'associée majoritaire de la société caution, celle-ci, en tant que filiale, a un intérêt à favoriser le financement de sa société mère, laquelle pourra ainsi participer à son propre développement, l'arrêt en déduit que l'acte du 31 mai 2007 a une contrepartie* »). Cette acception large de la contrepartie justifie que l'on ne traite pas de la nullité du cautionnement réel constitué à titre gratuit. Aux termes du I, 1° et du II de l'art. L. 632-1 C. com., il devrait certes être annulé, mais cette situation semble ne concerner qu'un nombre très réduit d'hypothèses.

³ Art. L. 622-7, I C. com.

⁴ Art. L. 622-21, I C. com.

⁵ Art. L. 622-21, II C. com.

⁶ Dans le même sens, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 641 et s., p. 597 et s. Sur ce régime, v. *infra*, n° 643 et s.

448. Le régime du cautionnement réel au sein du droit des procédures collectives prouve donc qu'il est possible de respecter la nature hybride de cette garantie tout en appliquant à la fois les règles relatives au cautionnement et à la sûreté réelle choisie. Il faut tenter d'en faire de même lorsque le débiteur et le constituant sont *in bonis*, la tâche ne s'avérant pas insurmontable du fait que les cas de conflits entre les deux corps de règles sont bien moins fréquents qu'on le dit habituellement.

§2) Le chemin à parcourir : le régime du cautionnement réel hors procédure collective

449. Plan. L'approche choisie par le droit des procédures collectives est éminemment réaliste : il ne s'agit pas d'appliquer au cautionnement réel l'intégralité du régime du cautionnement personnel¹, mais bien de « piocher » la règle à même de donner la solution du litige dans une situation donnée. Faute d'intervention législative lorsque le débiteur est *in bonis*, cette sélection des dispositions applicables relève de l'office du juge². Il s'agit ici d'être pragmatique : la présence d'une obligation de garantir la dette d'autrui dans les deux types de cautionnement justifie que le régime du cautionnement personnel possède une vocation générale à s'appliquer au cautionnement réel, en posant toutefois un tempérament. L'obligation de garantie est personnelle dans le premier cas et réelle dans le second. Il faut donc exclure l'application de toutes les règles fondées exclusivement sur l'existence d'une obligation personnelle à la charge de la caution³. En revanche, le fait que la caution réelle entende limiter

¹ Sur la crainte de la pratique bancaire de voir le régime du cautionnement être intégralement appliqué au cautionnement réel, v. T. Samin, « Réforme du droit des sûretés et activités bancaires : aspects intéressant la banque de détail », *RDBF* sept. 2018, dossier 29, n° 31. Comp., estimant que la résurrection du cautionnement réel est dépourvue d'intérêt au vu du faible nombre de règles protectrices dont la caution bénéficierait, D. Houtcieff, obs. sous Civ. 3^e, 12 avril 2018, *RDC* sept. 2018, p. 371 et s. : « *il ne faut cependant pas exagérer les enjeux de la qualification de cautionnement réel : outre un recours avant-paiement peu fréquenté par les plaideurs, ils se bornent aux bénéfices de discussion, de division et de subrogation, à quelques obligations d'information, et aux dispositions mal fagotées du Code de la consommation. Il n'est pas certain que l'applicabilité de ces quelques dispositions mérite les contorsions théoriques qu'impose l'assimilation de la sûreté réelle consentie par un tiers à un cautionnement : l'efficacité d'une sûreté ne passe-t-elle pas également par sa simplicité ?* ».

² Si l'avant-projet de réforme devait être adopté en la forme actuelle, la fixation du régime du cautionnement réel se ferait au gré des espèces, par l'intervention du juge. L'article 2291 ne précise en effet que la nature de la sûreté, sans se prononcer sur son régime.

³ V., déjà, Ph. Simler, « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », art. précité, n° 13 et s. La Cour de cassation belge se prononce également en ce sens en affirmant, dans son arrêt du 29 mai 2015 (v. *supra*, n. 1, p. 331), que « *les règles du cautionnement ne s'appliquent à la caution réelle que dans la mesure où elles sont compatibles avec la nature de celle-ci* », la décision reconnaissant à la caution réelle la possibilité de se prévaloir des remises de dettes accordées au débiteur principal.

le risque de saisie de ses biens est largement indifférent sur ce point. La plupart des moyens de défense sont octroyés tant à la caution « personnelle » classique qui met tout son patrimoine à la disposition d'un créancier qu'à celle qui cantonne son engagement à certains biens. Sur quel fondement ce clivage pourrait-il alors jouer un rôle en matière de cautionnement réel ? Sous ces réserves, cautionnements personnel et réel doivent obéir aux mêmes règles de formation (A) et offrir au constituant les mêmes protections¹ (B).

A) Formation du cautionnement réel et régime du cautionnement personnel

450. L'exclusion des mentions manuscrites. La mention manuscrite du droit du cautionnement, qui était initialement conçue comme une règle de preuve, s'est transformée progressivement en une condition de validité de l'acte². L'enjeu de son application au cautionnement réel est alors considérable, et l'on peut imaginer sans peine que nombre de constituants n'hésiteraient pas à se prévaloir de son absence ou de son irrégularité afin d'échapper à leur engagement. Avant même l'arrêt rendu par une Chambre Mixte le 2 décembre 2005, la Première Chambre civile de la Cour de cassation avait écarté l'application de l'ancien article 1326 du Code civil à cette sûreté, tirant argument de l'absence d'engagement personnel du constituant³. Après 2005, la solution a été maintenue pour la même raison, permettant à la Cour suprême de refuser l'application de l'ancien article L. 341-2 du Code de la consommation⁴, devenu l'article L. 331-1 du même Code. Selon nous, la solution doit être approuvée, bien que son fondement soit critiquable.

451. La Cour de cassation a mis en œuvre une interprétation restrictive de l'ancien article 1326 du Code civil. En effet, cette disposition précise son domaine en indiquant qu'elle s'applique à « *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer*

¹ Il ne s'agit pas ici de bâtir intégralement le régime du cautionnement réel, mais plutôt de se concentrer sur les règles ayant fait l'objet d'un contentieux important depuis 2005. Il faut ainsi prêter une attention toute particulière à la question de l'obligation d'information qui pèse sur le bénéficiaire (six arrêts) et à l'exigence de proportionnalité/au devoir de mise en garde (six arrêts également). Les questions qui ne sont pas débattues, telle que la reconnaissance des recours après paiement à la caution réelle, ne seront pas abordées.

² V. *supra*, n° 313 et s.

³ Civ. 1^{er}, 13 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 172, p. 115 (n° 96-16087).

⁴ Civ. 1^{er}, 22 septembre 2016, n° 15-20664.

une somme d'argent », sans faire référence à la nature personnelle ou réelle de l'obligation de payer. De même, l'ancien article L. 341-2 du Code de la consommation s'appliquait aux cautions personnes physiques s'engageant par un acte sous seing privé envers un créancier professionnel. Que la mention manuscrite soit exclue lorsqu'est constituée une sûreté immobilière pour autrui se comprend très bien, la forme authentique de l'acte assurant déjà sa force probante et l'intégrité du consentement de la caution réelle. L'exclusion par principe de l'application de ces textes, sur le fondement de l'absence d'engagement personnel, pour toutes les sûretés réelles pour autrui, même constituées sous signature privée, ne se comprend absolument pas. La caution réelle est bien une caution qui s'engage à garantir le bénéficiaire contre une défaillance éventuelle du débiteur principal et donc à lui payer une somme d'argent le cas échéant. Les mentions manuscrites du droit du cautionnement devraient donc nécessairement avoir vocation à s'appliquer, s'agissant d'une exigence liée au fait que la caution réelle s'engage à garantir la dette d'autrui¹, ce qui constitue « *l'âme du cautionnement réel* »².

452. Justification de l'éviction des mentions manuscrites. Malgré l'inadéquation de son fondement, la solution concrète retenue par la Cour de cassation doit être pleinement approuvée. Il faut éviter d'appliquer au cautionnement réel les règles du régime du cautionnement personnel qui font double emploi avec les dispositions applicables aux sûretés réelles. Or, dans ce cas de figure, la force probante de l'acte et l'intégrité du consentement du constituant sont déjà assurées par le formalisme constitutif des sûretés réelles. Toutes les sûretés réelles conventionnelles doivent être constatées par un écrit comportant des indications suffisamment précises quant aux biens affectés et aux créances garanties pour satisfaire aux exigences du principe de spécialité³. Même en corrigeant la formulation de la mention manuscrite du Code de la consommation, on voit mal en quoi la précision selon laquelle « *je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur le ou les biens affectés ci-après* »⁴

¹ Sur la division de l'obligation de garantie en une prestation de couverture et une prestation de règlement, v. *supra*, n° 325 et s.

² J.-J. Ansault, th. précitée, n° 519, p. 464.

³ V. *supra*, n° 295 et s.

⁴ Pour cette proposition de modification de la rédaction de l'article du Code de la consommation, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 528, pp. 470-471.

éclairerait le consentement du constituant¹. Il connaît d'ores et déjà l'étendue du droit de poursuite du créancier car il a érigé le cantonnement de son obligation aux seuls biens affectés au rang de condition *sine qua non* de son engagement². Il est également informé de l'existence d'un plafond au-delà duquel ce dernier ne pourra plus rien lui réclamer car une telle somme a été mentionnée lors de l'inscription. Dès lors, il n'est pas nécessaire de multiplier les règles de forme. Le régime du cautionnement personnel a vocation à s'appliquer au cautionnement réel à chaque fois que la solution du litige dépend de la seule existence d'une obligation de garantir la dette d'autrui, sauf dans les cas où la simple application du régime des sûretés réelles suffit à résoudre la difficulté³.

453. L'application des règles relatives à l'aptitude à consentir un cautionnement. La solution retenue aujourd'hui en matière d'aptitude à consentir un cautionnement réel dépend de la rédaction des textes. Si elles visent « les garanties » ou « les sûretés » en général, les règles qui font partie du régime du cautionnement personnel sont naturellement appliquées par la jurisprudence au cautionnement réel, dont personne n'est encore allé jusqu'à contester la nature de garantie ou de sûreté. En revanche, dans les cas où les textes visent spécifiquement « le cautionnement », elle a tendance à retenir des solutions différentes selon le type de cautionnement considéré. C'est ainsi qu'en matière de tutelle, le législateur s'est vu obligé de « forcer la main » de la jurisprudence qui estimait, depuis 1997⁴, que l'administrateur légal des

¹ L'art. 2298 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose un allègement appréciable de l'exigence de la mention manuscrite en laissant la caution libre de rédiger la formule qu'elle souhaite – et non plus en l'obligeant à recopier servilement une page de texte –, tant qu'elle fait ressortir « *qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres* ». Pour autant, cette mention ne devrait pas davantage être imposée à la caution réelle. Celle-ci entend limiter son engagement non seulement en valeur, mais également en nature. Rien dans ce texte ne permet à une caution d'exclure expressément un ou plusieurs biens de l'assiette du droit de poursuite du créancier. Le formalisme constitutif de la sûreté réelle choisie devrait donc continuer à jouer un rôle exclusif dans la délimitation du périmètre de l'engagement de la caution réelle.

² V. *supra*, n° 387.

³ En ce sens, J.-J. Ansault, th. précitée, n° 527, p. 469 : « *Certes, les exigences de l'article 1326 du Code civil ont une vocation naturelle à s'appliquer aux cautionnements réels [...] Mais dans de nombreux cas, elles apparaissent superflues, notamment lorsque la caution réelle se trouve suffisamment protégée contre son ignorance par les modalités constitutives contraignantes issues du droit des sûretés réelles* » ; A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », art. précité, n° 18, p. 17 : « *les règles de constitution des diverses sûretés réelles évitent l'engagement irréflecti. C'est le cas, bien sûr, de l'hypothèque, qui suppose l'intervention d'un notaire. Dans une moindre mesure, c'est également le cas du gage, qui doit être constaté dans un écrit comportant désignation de la dette garantie et du bien grevé. D'une façon générale, on peut se demander si la gravité de l'acte n'apparaît pas davantage lorsqu'on engage un bien en particulier, que lorsqu'on s'engage de façon abstraite au paiement d'une somme d'argent* ».

⁴ La solution antérieure, qui ne reposait pas sur un texte précis, était unanimement admise tant en doctrine qu'en jurisprudence, en raison de la gravité des conséquences potentielles du cautionnement ainsi que de l'absence de contrepartie, récurrente lorsqu'il est consenti par une personne physique. V. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil – Les personnes*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 325, pp. 302-303.

biens du mineur pouvait constituer avec l'autorisation du juge des tutelles, en garantie de sa propre dette, une hypothèque sur un immeuble appartenant à la personne protégée¹. Cette jurisprudence a été combattue par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, qui a modifié l'article 509 du Code civil afin d'interdire au tuteur toute constitution gratuite de « *sûreté pour garantir la dette d'un tiers* » sur les biens de la personne protégée. Le tuteur est donc désormais soumis aux mêmes interdictions, qu'il s'agisse de constituer un cautionnement personnel ou réel. L'application du droit des sûretés réelles, c'est-à-dire la possibilité de constituer une sûreté sur les biens de l'incapable si le détenteur du pouvoir y consent, ne se comprendrait pas. L'on peut en effet concevoir, pour les besoins du crédit de la personne protégée, qu'une garantie portant sur ses biens pour garantir sa propre dette puisse être souscrite. En revanche, dès lors qu'il n'est pas personnellement intéressé à la dette, le risque devient trop grand et l'on doit appliquer le régime le plus protecteur de la personne vulnérable, celui du cautionnement personnel². La situation est plus simple en droit des sociétés, où les textes visent en général les « sûretés » ou « garanties »³. Malgré le revirement de 2005, l'on voit mal comment la Cour de cassation pourrait soustraire le cautionnement réel à l'application de règles qui concernent de manière générale les sociétés qui consentent à supporter une obligation de garantir la dette d'autrui⁴.

454. L'intérêt pour cette question s'est ravivé dernièrement à propos des sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé. L'article 2 de la loi n° 86-18 du 6 janvier 1986 prévoit que de telles sociétés « *ne peuvent se porter caution* ». Cela n'a pas empêché la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation de déclarer que, faute de création d'un engagement personnel, l'hypothèque pour autrui consentie par la société d'attribution à temps partagé n'était pas un cautionnement et devait donc être validée⁵. Or, une fois de plus, la *ratio legis* derrière la prohibition du cautionnement personnel se retrouve à l'identique dans le cautionnement réel : il s'agit de ne pas faire subir à l'ensemble des attributaires le risque de

¹ Civ. 1^e, 2 décembre 1997, *Bull. civ.* I, n° 343, p. 233 (n° 95-20198).

² Rapp. J. Hauser, obs. sous Civ. 1^e, 2 décembre 1997, précitées.

³ V., entre autres, les art. L. 225-35 et L. 225-68 C. com. relatifs aux autorisations délivrées par le conseil d'administration et le conseil de surveillance des sociétés anonymes.

⁴ En ce sens, J.-J. Ansault, « Constitution de la sûreté réelle pour autrui », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, mai 2020, n° 303-65 et s.

⁵ Civ. 3^e, 23 mars 2017, n° 16-10766.

saisie de l'immeuble alors que la sûreté ne profiterait qu'à l'un d'eux¹. La solution retenue par la Cour de cassation doit alors être désapprouvée. Le critère posé se vérifie donc à nouveau : lorsque la règle considérée touche au principe même de la garantie de la dette d'autrui, indifféremment de ses modalités, alors, elle doit trouver à s'appliquer de manière identique dans les deux types de cautionnement². S'agissant ici du risque – pour le constituant ou pour un tiers – de voir le bien sortir du patrimoine du constituant en raison de la mise en œuvre de la garantie, il est logique que toutes les règles concernant l'aptitude à consentir un cautionnement personnel régissent également le cautionnement réel³.

455. L'inclusion des obligations d'information légales. Le contentieux de l'obligation d'information à la charge du bénéficiaire d'un cautionnement réel est l'un des plus considérables, signe d'une résistance assez importante des juridictions du fond. Il s'est concentré sur l'application de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, qui met à la charge des établissements de crédit et sociétés de financement ayant consenti un crédit à une entreprise sous condition de l'obtention d'un cautionnement une obligation d'information annuelle sur les sommes dues par le débiteur principal, ainsi que sur le terme de l'engagement de la caution ou sur sa faculté de résilier à tout moment son engagement à durée indéterminée. Dès l'an 2000, la Cour de cassation a affirmé que cette obligation ne bénéficiait pas à la caution réelle, qui n'a constitué qu'une « *sûreté réelle* »⁴. Cette solution ne s'est pas démentie après 2005 : la Haute Cour n'a eu de cesse de répéter que faute d'engagement personnel, la caution réelle ne pouvait profiter de l'obligation

¹ A ce propos, sur la distinction des sociétés d'attribution ordinaires et des sociétés d'attribution à temps partagé, v. D. Si zaire, « Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé – La situation des attributaires », *JCP N* 1990. 101425, n° 5 : « Dans une société d'attribution ordinaire, il y a un seul attributaire en jouissance ; lui seul prend le risque du cautionnement hypothécaire, limité à l'appartement dont il est attributaire. Dans une société de la loi de 1986, le même appartement est attribué à plusieurs par périodes successives. L'hypothèque ne pouvant porter sur les périodes, elle ne peut être inscrite que sur l'appartement. Il n'aurait pas été concevable de faire courir à l'ensemble des attributaires d'un même appartement le risque d'un cautionnement hypothécaire au profit seulement d'un ou de quelques-uns d'entre eux ».

² En ce sens, J. Hauser, obs. sous Civ. 1^{er}, 2 décembre 1997, précitées, à propos de la prohibition de la conclusion d'un cautionnement sur les biens d'un mineur par son représentant : « la clé de voûte de l'interdiction absolue n'est pas la forme de la sûreté mais sa nature, garantie de la dette d'un tiers ou garantie de la dette du garant lui-même ».

³ Sur la solution inverse, v. l'arrêt cité *supra*, n. 1, p. 308, qui valide en droit OHADA l'hypothèque consentie par un illettré, sans témoins, pour garantir le solde du compte courant d'une société.

⁴ Civ. 1^{er}, 1^{er} février 2000, précité.

d'information du Code monétaire et financier¹ alors que, si elle adjoint à cette sûreté un engagement de caution personnelle, elle peut naturellement en bénéficier à ce titre².

456. Bien que le contentieux se soit focalisé sur un seul texte, on peut imaginer sans mal que la Cour de cassation se prononcerait dans le même sens si la question lui était posée à propos d'un des nombreux autres fondements des obligations d'information qui pèsent sur le créancier bénéficiaire d'un cautionnement³. Cette solution est pourtant critiquable car, encore une fois, le simple fait de garantir la dette d'autrui, surtout s'il s'agit d'une garantie de dettes futures⁴, permet de justifier l'intérêt des obligations d'information dues au cours de l'exécution du cautionnement. Qu'on en juge : l'information due sur l'évolution de la dette garantie permet à la caution de ne pas oublier son existence, ce qui est particulièrement important pour les dirigeants sociaux qui ont cessé leurs fonctions⁵, mais présente un intérêt de manière générale pour tous les garants de la dette d'autrui, qui sont souvent victimes d'une tendance bien naturelle à l'oubli d'un engagement qu'ils pensent ne jamais avoir à exécuter⁶. Cela est d'autant plus vrai que cette information s'accompagne d'un rappel de la faculté de résilier à tout moment

¹ Civ. 1^e, 7 février 2006, précité ; Com., 7 mars 2006, précité ; Civ. 1^e, 1^{er} juillet 2009, n° 07-18824 : « attendu que Madeleine X. et Mmes Ghislaine et Christiane X. ayant seulement consenti une hypothèque sur un bien leur appartenant, et non un cautionnement, ces deux dernières ne peuvent se prévaloir des dispositions de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier ».

² Com., 21 mars 2006, précité ; Com., 8 juin 2010, n° 09-68316 ; Com., 13 septembre 2011, n° 10-17659, prononçant la cassation d'un arrêt ayant refusé l'application de l'article L. 313-22 CMF face à un acte contenant à la fois une affectation hypothécaire et un engagement personnel de caution, alors que « la banque était tenue d'une obligation d'information légale de la caution dès la conclusion de l'acte du 28 juin 1990 contenant un engagement personnel de M. X. ». Il faut toutefois mentionner que dans cet arrêt, la Cour de cassation fait jouer de manière surprenante (au vu de sa jurisprudence constante) la sanction alors que seule la sûreté réelle était mise en œuvre...

³ L'information annuelle sur l'évolution de la dette est imposée à divers créanciers par les art. L. 313-22 CMF, 47 II de la loi du 11 février 1994, 2293 C. civ. et L. 333-2 C. conso. L'information relative aux incidents de paiement repose sur les art. L. 314-17 C. conso., 47 II de la loi du 11 février 1994 et 24, al. 3 de la loi du 6 juillet 1989. Sur les malfaçons bien connues de cet ensemble législatif, v. P. Crocq, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, n° 21 et s., p. 358 et s., ainsi que Y. Picod, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 6-7, pp. 399-400.

⁴ Ph. Théry, *op. cit.*, n° 11, p. 30 : « pour les cautionnements qui garantissent des dettes futures – les plus dangereux – l'information n'est pas tellement importante lors de la conclusion qu'après, pour connaître l'état du passif et en surveiller l'évolution. L'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 corrobore cette analyse, qui fait obligation aux établissements de crédit d'informer annuellement leurs cautions du montant des sommes garanties ».

⁵ Rappelons que la jurisprudence estime que le créancier n'a pas l'obligation d'informer le dirigeant caution que la cessation de ses fonctions ne met pas fin à son engagement de garant, v. Com., 29 janvier 2002, *Bull. civ. IV*, n° 21, p. 21 (n° 99-12976). Cette solution est très sévère pour les dirigeants, d'autant plus que l'octroi d'un nouveau crédit au débiteur après la cessation des fonctions du garant n'a pas non plus à lui être signalé, v. Com., 8 janvier 2008, *Bull. civ. IV*, n° 1 (n° 05-13735). Sur ces points, v. J.-J. Ansault, th. précitée, n° 536, p. 481 et s.

⁶ En ce sens, *ibid.*, n° 532, p. 476 : « On néglige sans doute trop l'aspect psychologique qui existe en matière de cautionnement et l'erreur consiste ici à raisonner en se représentant un être juridique abstrait. Or, non seulement, la caution va s'engager avec la conviction qu'elle n'aura pas à payer mais toutes ses tentatives viseront à se soustraire au paiement. Personne ne peut contester qu'un tel état d'esprit est commun à la caution personnelle et à la caution réelle. Elles envisagent avec optimisme leur soutien à l'opération que le débiteur principal se propose de réaliser, et ne prévoient ni son échec ni une perte pour elles. Cet état d'esprit favorise une pente psychologique naturelle à l'oubli » ; P. Crocq, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », art. précité, n° 13, p. 354 ; D. Pardoel, « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA* 3 juill. 2001, p. 13 et s.

le cautionnement. Comment prétendre que les cautions réelles auraient davantage vocation à être tenues *ad vitam aeternam* parce qu'elles ne contractent pas d'obligation personnelle¹ ? Dans la mesure où la réforme du 23 mars 2006 a étendu aux sûretés réelles les solutions classiquement retenues en matière de sûretés personnelles quant à la garantie de dettes futures², il paraît inacceptable d'exclure l'information sur la faculté de résiliation des dispositions applicables à la caution réelle. La garantie de dettes futures et la faculté de résiliation unilatérale constituent deux faces de la même pièce : l'une ne doit pas aller sans l'autre.

457. Des observations similaires peuvent être formulées quant aux obligations d'information sur la défaillance du débiteur principal. Il est unanimement admis que cette information permet à la caution de prendre l'initiative d'un paiement immédiat afin d'éviter l'accroissement de la dette par l'addition au capital et intérêts dus des pénalités et frais de retard³. La caution réelle pouvant payer spontanément le créancier, cette information lui serait de la plus grande utilité pour contrôler l'étendue de sa dette. Dans les rapports entre caution et débiteur, la connaissance du premier incident de paiement est tout aussi utile : si la situation du débiteur n'est pas complètement obérée, la caution pourra faire pression sur lui pour le pousser à payer ; dans le cas contraire, il sera temps de prendre des mesures conservatoires et d'assurer ainsi l'effectivité de son recours. Dans le cas de l'information due lors de l'ouverture d'une procédure de surendettement, sa nécessité est encore plus criante car elle devrait permettre à la caution de déclencher son recours avant paiement⁴. La caution réelle n'assumant qu'une obligation de garantir la dette d'autrui, elle dispose évidemment d'un recours contre le débiteur principal. Pourquoi déduire du simple fait que les cautions réelles ne contractent pas

¹ Dans le même sens, P. Crocq, « La caution réelle, la caution personnelle et le tiers détenteur », art. précité, n° 11, p. 9, évoquant notamment l'idée que « la caution réelle a, tout autant que la caution personnelle, intérêt à connaître l'évolution du remboursement de la dette garantie » ; Ph. Théry, « L'EIRL, ou la prise de la Bastille », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, n° 17, p. 705 : « Cette obligation d'information contient un rappel de la possibilité de mettre fin à un cautionnement à durée indéterminée. Aucune raison ne permet de refuser ce type d'information à celui qui a affecté un bien pour garantir les dettes d'autrui pour une durée indéterminée. Il importe peu que son obligation de garantie soit nécessairement limitée dans son montant, nul n'ayant jamais soutenu qu'une caution personnelle engagée pour un montant limité ne devait pas bénéficier de cette information ».

² V. *supra*, n° 318 et s.

³ V., entre autres, P. Crocq, « La caution réelle, la caution personnelle et le tiers détenteur », art. précité, *loc. cit.* ; Y. Picod, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », art. précité, n° 5, p. 398.

⁴ O. Lutun, « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RDBF* juill. 2003, dossier 100048. Pour l'obligation imposée à la commission de surendettement d'informer les cautions de l'ouverture de la procédure, v. l'art. R. 723-4 C. conso.

d'obligation personnelle qu'elles devraient subir un risque accru d'inefficacité de leurs recours ?

458. L'importance de l'information pour les garants de la dette d'autrui. Le fait de s'engager à garantir la dette d'autrui, qui implique l'existence de contacts rares avec le bénéficiaire – et donc l'oubli de l'engagement – ainsi que l'absence de vocation à supporter la charge définitive de la dette – et donc la nécessité d'assurer des recours effectifs au garant – devraient justifier le bénéfice des obligations légales d'information à toute caution, personnelle ou réelle¹. Cette dernière n'a certes pas affecté l'intégralité de son patrimoine à la garantie de la dette du débiteur. Cette considération est toutefois indifférente même si, contrairement à la caution personnelle, la caution réelle ne risque effectivement pas de voir tous ses biens saisis. L'affectation emporte cependant un risque de saisie, et le constituant a tout intérêt à ce que la dette du débiteur principal soit la plus modique possible afin que l'étendue du droit de poursuite du créancier soit limitée au minimum. Il est impossible d'affirmer que le contrôle de l'étendue de la dette pour laquelle elle est poursuivie est indifférent à la caution réelle². Dans la mesure où personne ne prétend que la caution personnelle qui s'engage seulement sur certains biens à remplir l'obligation du débiteur principal devrait se voir privée du bénéfice des obligations d'information, l'on voit mal sur quel fondement la caution réelle pourrait être exclue de son champ d'application *ratione personae*.

459. La seule réserve que l'on pourrait éprouver vis-à-vis de l'imposition de cette obligation aux bénéficiaires vient des malfaçons du système actuel, balkanisé au sein d'une kyrielle de textes appartenant à une pluralité de Codes. L'avant-projet de réforme de

¹ En ce sens, O. Gout, « Le cautionnement réel », art. précité, n° 18, p. 107 : « *c'est parce qu'elle est tiers au débiteur, et donc pas nécessairement informée de l'évolution de la dette qu'elle garantit, que l'information doit être délivrée à la caution réelle. N'oublions pas que ces obligations d'information ont aussi pour objet de permettre au garant de faire pression sur le débiteur pour qu'il s'exécute. Il est donc permis d'être très critique vis-à-vis de la jurisprudence actuelle qui exclut le garant réel pour autrui du bénéfice des obligations d'information* » ; Comp. J. Lelieur, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », art. précité, n° 34, pp. 1258-1259.

² Rapp. M. Cabrillac, obs. sous Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2000, *RTD Com.* 2000. 426 : « *Sans doute l'intérêt qu'a la caution à connaître l'évolution de la créance garantie est-il moindre pour la caution réelle que pour la caution personnelle, puisque la première ne peut être amenée à payer au-delà de la valeur du bien donné en garantie ; cet intérêt n'en demeure pas moins très fort. Réserve faite de l'éventualité - rare - où la valeur du bien est largement inférieure au montant de la créance garantie, il peut être précieux pour la caution réelle de connaître l'évolution de la somme pour laquelle elle pourra être poursuivie propter rem* » ; Ph. Simler, « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », art. précité, n° 27 : « *Dès lors que la caution réelle n'a obligé que le bien affecté en garantie, à l'exclusion du surplus de son patrimoine, et qu'elle ne s'est pas engagée à payer la dette même du débiteur, la délivrance d'une information annuelle sur l'évolution des encours peut être jugée, sinon sans utilité, du moins d'un intérêt moindre que pour la caution personnelle. Mais qui ne voit que la différence n'est que de degré, et non de nature ?* ».

l'Association Henri Capitant a vocation à faire disparaître le problème en édictant deux textes devant intégrer le Code civil¹, l'un relatif à l'information sur l'évolution de la dette et l'autre portant sur la défaillance du débiteur. En remplaçant le désordre en vigueur par ces deux dispositions, la clarification du système lèverait le dernier obstacle à la disparition de la jurisprudence actuelle.

460. Le critère adopté, on le voit, n'aboutit pas à l'application systématique et irraisonnée de l'ensemble du droit du cautionnement personnel au cautionnement réel. Il ne faudrait pas, par un mouvement de balancier, passer d'un extrême à l'autre. Ces dispositions n'ont vocation à s'appliquer que lorsque l'obligation de garantir la dette d'autrui est en jeu et qu'il n'existe aucun risque de « doublon » avec le droit des sûretés réelles. Le raisonnement peut être reconduit dans l'étude des moyens de défense opposables par la caution au créancier.

B) Exécution du cautionnement réel et régime du cautionnement personnel

461. Principe de proportionnalité et surendettement². Par un arrêt remarqué du 7 mai 2008, dans la droite ligne de la position retenue par la Cour de cassation depuis 2005, la Première Chambre civile a écarté l'application du principe de proportionnalité posé par l'article L. 332-1 du Code de la consommation au cautionnement réel³. Rappelant d'abord la formule traditionnelle selon laquelle la sûreté réelle pour autrui n'est pas un cautionnement, faute d'engagement personnel du constituant, elle affirme ensuite que, « *limitée au bien hypothéqué, [elle] est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son souscripteur* »⁴. Cette décision doit être mise en parallèle avec celle qui a été rendue par la Chambre commerciale le 24 mars 2009 et qui a refusé de faire peser une obligation de mise en garde sur un établissement

¹ V. les art. 2303 et 2304 de l'avant-projet.

² La question se pose globalement dans les mêmes termes à propos du devoir de mise en garde imposé aux établissements de crédit, qui ne sera pour cette raison pas développé davantage. Sur la distinction entre ces deux exigences, v. C. Albigès, « Brèves remarques sur le devoir de mise en garde de la caution et l'exigence de proportionnalité », in *Un droit en perpétuel mouvement – Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 1 et s. ; D. Legeais, « Proportionnalité et cautionnement, ou l'histoire de deux parallèles qui se croisent », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque éditeur, 2013, p. 349 et s.

³ La proportionnalité dont il est question est celle de l'art. L. 332-1 C. conso., qui constitue un rapport entre le montant de l'engagement de la caution et la valeur de son actif, apprécié au jour de son engagement et au jour de l'appel en paiement. Pour la proportionnalité de l'art. L. 650-1 C. com. en matière de procédures collectives, v. *infra*, n° 686 et s.

⁴ Civ. 1^{er}, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 (n° 07-11692).

de crédit bénéficiaire d'un cautionnement réel, estimant que « *s'agissant d'une hypothèque sur un bien, elle est limitée à ce bien et nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant et aux risques de l'endettement né de l'octroi du crédit* »¹. Les deux Chambres ont par la suite poursuivi dans cette voie, sans publier les décisions postérieures, signe de ce que ces solutions relèveraient d'une vérité d'évidence sur laquelle on n'aurait plus à revenir². Malgré tout, la série jurisprudentielle semble manquer un peu de nuance. Il faudrait réserver l'hypothèse du cautionnement réel portant sur la résidence principale du constituant et celle du cautionnement réel portant sur des biens futurs³.

462. Il existe tout d'abord un risque que l'exclusion pure et simple de la disproportion du cautionnement réel jure avec les solutions retenues en matière de surendettement des particuliers. En effet, l'article L. 711-1 du Code de la consommation, après avoir énoncé la définition du surendettement, pose le principe que « *le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale dont la valeur [...] est égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non-professionnelles exigibles et à échoir ne fait pas obstacle à la caractérisation de la situation de surendettement* ». C'est dire qu'en ce domaine, l'évaluation de l'excès ne se fait pas de manière arithmétique mais casuistique, en prenant en considération d'autres paramètres que la seule valeur de l'immeuble⁴. L'articulation de cette solution avec la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de cautionnement réel ne va pas de soi⁵ : lorsqu'un individu hypothèque sa résidence principale – composante primordiale, voire unique, de son patrimoine – en garantie de la dette d'un tiers, le juge civil se prononcerait en faveur de la possibilité de

¹ Com., 24 mars 2009, *Bull. civ.* IV, n° 43 (n° 08-13034).

² V. Civ. 1^{er}, 1^{er} juillet 2009, n° 07-18824 ; Civ. 1^{er}, 5 novembre 2009, n° 08-14425 ; Com., 9 février 2010, n° 08-21725 ; Com., 13 janvier 2015, n° 13-16727.

³ La proportionnalité est traitée au stade de l'exécution du cautionnement réel car, ainsi qu'il l'a été remarqué, « *le contrôle de proportionnalité manifeste une dilution des phases [...] de constitution et de réalisation des sûretés* » (N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit* mai-juin 2000, p. 10).

⁴ Il ne s'agit pas uniquement de savoir si le débiteur peut payer ses dettes, mais également de lutter contre l'exclusion sociale, v. G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^e éd., 2017, n° 1000, pp. 536-537 : « *il faut regarder les circonstances de l'espèce (valeur de l'immeuble, coût d'un logement, montant du passif, présence d'enfants, éventuel handicap...), aucune automaticité comptable ne doit prévaloir dans la vente de l'habitation principale et l'apurement du passif. C'est dans ce sens que se prononce la Cour de cassation* ». V. également M. Mignot, « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente », *JCP N* 2012. 1340, n° 4 : « *La solution devrait cependant être nuancée lorsque le capital engagé par la sûreté réelle est le seul capital du constituant et lorsqu'il est à l'origine de ses revenus et lui permet de vivre* ». Sur la caractérisation de situations de surendettement dans le cas où la valeur de la résidence principale excède – parfois notablement – le montant de l'ensemble des dettes non-professionnelles, v., entre autres, Civ. 2^e, 19 février 2015, *Bull. civ.* II, n° 44 et 45 (n° 13-28236 et 14-10268), ainsi que Civ. 2^e, 12 avril 2018, n° 16-28759.

⁵ Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, n. 264, p. 500 et n. 333, pp. 898-899.

mettre en œuvre la sûreté quand le juge du surendettement pourrait suspendre les poursuites, voire effacer la dette si la saisie et la vente de l'immeuble avaient pour conséquence un coût excessif de relogement à la charge du constituant. Quel paradoxe lorsque l'on sait que le principe de proportionnalité a été inséré dans le régime du cautionnement personnel pour éviter le surendettement des cautions¹ ! Le principe de proportionnalité pourrait donc avoir un rôle à jouer dans le cautionnement hypothécaire.

463. Principe de proportionnalité et cautionnement réel de biens présents pour garantir des dettes présentes. La nuance principale à apporter à la position de la Cour de cassation devrait consister en une appréciation différenciée de la proportionnalité en fonction des circonstances de la cause. On ne devrait pas traiter de la même manière le cautionnement réel portant sur des biens présents pour garantir des dettes présentes, celui qui porte sur des biens présents et futurs pour garantir des dettes futures ou même celui qui a pour assiette des biens présents et futurs pour garantir des dettes présentes. Lorsque l'on se trouve dans la première hypothèse, cautionnement réel constitué sur la résidence principale du garant excepté, la solution actuellement en vigueur est la seule concevable. En effet, en engageant une partie seulement de son patrimoine pour une créance d'un montant déjà déterminé, le constituant laisse libre de charge tous ses autres biens, ce qui exclut tout excès entre le montant de son engagement de caution et la valeur de son actif. En revanche, la caution réelle qui affecte en garantie des dettes futures d'autrui un ensemble de biens futurs pourrait se retrouver dans une situation qui appelle une protection par le principe de proportionnalité.

464. Principe de proportionnalité et engagement de biens futurs. Même sans engager l'intégralité de son patrimoine par des cautionnements réels, le constituant peut consentir à la conclusion d'une « sûreté réelle pour autrui » afin de garantir le paiement d'une ou plusieurs créances dont le montant dépasse d'ores et déjà la valeur totale de son actif. Si le montant total des créances demeurerait supérieur à la valeur totale de l'actif de la caution réelle au jour des poursuites, il semblerait encore que l'on puisse caractériser une disproportion qui devrait être sanctionnée par l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir de sa sûreté. En effet, la

¹ P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291 et s. ; Y. Picod, « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 843 et s. ; Ph. Théry, « L'EIRL, ou la prise de la Bastille », art. précité, n° 12, p. 702.

jurisprudence relative à la proportionnalité dans le cadre du cautionnement « personnel » distingue soigneusement l'assiette du droit de poursuite du créancier et l'actif de la caution. Seule cette deuxième valeur doit être prise en considération¹. C'est dire que la Cour de cassation considère qu'il n'y a d'excès sanctionnable que si l'exécution volontaire et complète de son engagement par la caution est impossible – ou la mène à la ruine – en raison de l'insuffisance de son actif. Si la caution réelle s'est engagée pour un montant total supérieur à la valeur globale de son patrimoine, pourquoi faudrait-il la priver de la protection du Code de la consommation ? Elle se trouve pourtant bien dans la situation de surendettement définie par l'article L. 711-1 du Code de la consommation, c'est-à-dire « *l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non-professionnelles exigibles et à échoir* »². De manière très concrète, en cas de proximité forte entre la caution réelle et le débiteur garanti – par exemple lorsque le garant est un dirigeant social – il est tout à fait envisageable que le créancier fasse pression sur la caution afin d'obtenir le paiement « volontaire »³ intégral de ses créances, sous peine d'asphyxier la société débitrice. Si la caution réelle est obligée de vendre l'intégralité de ses biens et d'affecter ses revenus au paiement des dettes de sa société, il semblerait que les impératifs de lutte contre l'exclusion sociale conduisent à appliquer le principe de proportionnalité pour déchoir le créancier de son droit de se prévaloir de la sûreté. Certes, le droit de poursuite du bénéficiaire du cautionnement réel est limité aux biens affectés, mais cette limitation ne s'applique pas en cas d'exécution volontaire par la caution réelle. L'obligation réelle de garantir la dette d'autrui peut donc, elle aussi, être disproportionnée. De manière générale, il ne devrait pas être permis

¹ V. Com., 15 novembre 2017, n° 16-10504, qui comprend dans l'actif de la caution les biens communs qui ne pourraient pas être saisis par le créancier bénéficiaire en cas de condamnation. A ce sujet, F. Jacob affirme que « *la Cour de cassation renonce au strict lien qu'elle paraissait vouloir établir entre l'assiette du gage du créancier et la masse des biens à prendre en considération pour apprécier la proportionnalité du cautionnement* » (*Banque et Droit* janv.-fév. 2018, p. 57).

² Y. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 3^e éd., 2015, n° 584 et s., p. 385 et s. ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 1002 et s., pp. 537-538 et Civ. 2^e, 1^{er} septembre 2016, n° 15-24285 cassant l'arrêt qui s'est borné « *à apprécier la situation de la débitrice au vu du seul actif immédiatement mobilisable* ».

³ Ce phénomène n'est pas inconnu du droit de l'exécution forcée, v. R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 52, p. 52 : « *l'expérience prouve finalement que l'on passe de l'exécution volontaire à l'exécution forcée par une gamme de situations intermédiaires aux contours diffus où se mêlent incitations, pressions et menaces* ».

à un créancier de vider le patrimoine d'un garant de toute sa consistance¹. En effet, dans ce cas, le créancier a parié sur l'enrichissement de la caution et a perdu².

465. Les implications du changement de sanction en cas de disproportion. Une autre question se pose immédiatement : *quid* de la situation dans laquelle le montant des créances à garantir excédait initialement la valeur de l'assiette affectée par le constituant, la disproportion se maintient au jour de l'appel en garantie mais cette somme demeure inférieure à la valeur totale de l'actif de la caution réelle ? Pour le dire autrement, le principe de proportionnalité devrait-il jouer lorsque le montant de l'engagement n'est disproportionné que par rapport à la valeur de l'assiette de la sûreté ? On pourrait y être favorable, mettant en avant le fait que, dans une telle hypothèse, la caution réelle serait contrainte de payer – spontanément – une somme supérieure au montant de son engagement initial. La possibilité pour le créancier de recevoir le paiement au titre de son cautionnement réel irait à l'encontre de l'essence de cette sûreté : la limitation de l'assiette de la garantie aux biens affectés. Là encore, le créancier aurait parié sur l'enrichissement du constituant et aurait perdu, peu importe le fait que son actif comporte pléthore d'autres biens. Cette extension déformante du principe de proportionnalité ne paraît pas pouvoir être retenue. D'une part, cette proportionnalité n'aurait plus rien à voir avec celle qui protège la caution personnelle contre le risque de surendettement. D'autre part, ce serait signer l'arrêt de mort du cautionnement réel : s'il n'était plus permis de prendre de garanties sur des biens futurs, sous peine d'être réduit à la condition de créancier chirographaire, la sécurité des prêteurs serait considérablement amoindrie et l'accès au crédit serait rendu plus complexe. Il faut donc se garder de vouloir aller trop loin dans la protection des cautions réelles. Si elles ne risquent pas le surendettement, elles doivent exécuter leurs engagements.

¹ On voit ainsi que le rapprochement des sûretés personnelles et réelles réalisé en 2006 par l'assouplissement du principe de spécialité produit un impact considérable sur les principes classiques du droit des sûretés. Il ne paraît plus possible de distinguer si clairement les effets de la proportionnalité selon le type de sûreté étudié, comme le faisait M. Picod en 2004 : « *l'excès de moyens par rapport à la finalité de l'opération répond ici à une double finalité. Il s'agit d'éviter tantôt une immobilisation inuti le du patrimoine compte tenu du but à atteindre, tantôt un engagement certes utile, mais démesuré, de ce patrimoine. Autrement dit, dans le premier cas, l'exigence de proportionnalité permet de parer à l'épuisement du crédit et donc de sauvegarder la faculté de s'endetter [...]. Dans le second cas, la proportionnalité est destinée à éviter le surendettement et l'exclusion qui en découle parfois. Si le droit des sûretés réelles est la terre d'élection de cette protection de la capacité d'endettement, le droit des sûretés personnelles apparaît comme celui de la prévention de l'excès de l'endettement* » (« Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », art. précité, n° 3, pp. 844-845). Sur cette distinction, v. également M. Mignot, *op. cit.*, n° 802, pp. 313-314.

² Comp. N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », art. précité, p. 8 : « *l'article L. 313-10, par sa brutalité, impose aux banques la sagesse que n'ont pas toujours les garants, exigeant qu'elles mesurent, en leurs lieu et place, l'opportunité de leurs engagements* ».

466. La solution pourrait bien être différente si la sanction de la disproportion mutait de la déchéance du droit de se prévaloir de sa sûreté à la réductibilité de l'obligation de la caution¹. Une gradation serait alors envisageable : le créancier qui commettrait une faute lourde en exigeant un cautionnement amenant la caution à la ruine pourrait voir sa sûreté réduite à zéro ; celui qui commettrait une faute légère en exigeant un engagement de biens futurs pour garantir des dettes d'un montant supérieur à la valeur de l'assiette pourrait voir sa sûreté réduite à ce deuxième montant dans le respect des prévisions initiales de la caution réelle. Prenons un exemple : un créancier exige d'un collectionneur de voitures, tiers à la dette principale, un gage automobile portant sur tous ses véhicules présents et à venir, inscrit pour garantir une créance présente d'un montant de 500 000 euros. Ce garant est également propriétaire de plusieurs immeubles ainsi que d'un portefeuille de valeurs mobilières. La collection vaut initialement 350 000 euros, mais le créancier estime que, vu le rythme actuel des acquisitions, elle devrait prochainement valoir le double. Au jour de l'appel en garantie, elle ne vaut finalement que 400 000 euros. En l'état actuel des choses, il ne paraît pas possible de déchoir le créancier du droit de demander le paiement à la caution réelle. Si ses liens avec le débiteur principal sont suffisamment étroits, elle devrait payer les 500 000 euros réclamés malgré la limitation du droit de poursuite du créancier, le garant disposant d'autres biens par ailleurs et n'étant donc pas en situation de surendettement. En revanche, sous l'empire des textes futurs, il devrait être possible qu'elle saisisse le juge afin de faire respecter la limitation de son engagement. Ne pouvant subir l'exécution forcée au-delà de la valeur de l'assiette, ici 400 000 euros, la caution réelle ne devrait pas non plus avoir à payer volontairement plus que cette valeur. Le créancier qui a parié sur l'enrichissement de la caution réelle en demandant l'affectation de biens futurs et n'a pas vu ses espoirs récompensés ne devrait donc pas être autorisé à contourner la limitation de son engagement. La proportionnalité pourrait alors déployer ses effets dans deux directions : en matière de disproportion entre le montant de l'engagement de la caution et la valeur globale de son actif, le principe servirait à réduire à néant l'engagement de la caution pour lutter contre le surendettement ; en matière de disproportion entre le montant de l'engagement de la caution et la valeur de l'assiette du cautionnement, le principe servirait à réduire le montant de

¹ V. l'art. 2301 de l'avant-projet de réforme. V. cependant, opposée à une telle modification et davantage favorable au déplacement du texte actuel au sein du Code civil, la disproportion ne devant être appréciée qu'au jour de la conclusion du cautionnement, S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaider pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 119 et s.

l'engagement de la caution afin de faire respecter la limitation du droit de poursuite prévue initialement et ainsi laisser hors d'atteinte du créancier les biens que la caution a souhaité protéger¹.

467. Bilan : pour une application mesurée du principe de proportionnalité au cautionnement réel. Plutôt que d'affirmer sur un ton péremptoire que le principe de proportionnalité du Code de la consommation ne s'applique pas au cautionnement réel, il faudrait donc distinguer différents cas de figure. La solution actuelle est parfaitement justifiée dans le cas du cautionnement réel de biens présents pour garantir des dettes présentes. Il faudrait en revanche retenir une solution au cas par cas lorsque c'est la résidence principale du constituant qui est affectée à la garantie de la dette d'un tiers. Il apparaît également nécessaire d'appliquer pleinement le principe de proportionnalité au cautionnement réel lorsque le montant total des créances garanties dépasse la valeur de l'actif du garant tant à la date de constitution de la sûreté qu'au jour du paiement. Il faut enfin réserver la possibilité de sanctionner d'éventuelles disproportions entre l'engagement de la caution réelle et l'assiette de la sûreté si la sanction de la disproportion venait à changer. L'assouplissement du principe de spécialité a pour conséquence l'existence potentielle de cautionnements réels disproportionnés² et devrait donc conduire, dans cette hypothèse, à la sanction du créancier.

468. Le jeu du bénéfice de discussion. Les « bénéfiques » offerts à la caution pour avoir à éviter de payer tout ou partie de la somme réclamée par le créancier se divisent en deux catégories : les moyens de défense dilatoires appelés bénéfice de discussion et de division³ d'une part, le bénéfice de subrogation d'autre part. Le bénéfice de discussion permet à la caution appelée en paiement de forcer le créancier à agir d'abord contre le débiteur principal, s'il dispose de biens d'une valeur suffisante pour désintéresser le créancier et qu'elle lui avance les frais de saisie⁴. Ces textes constituent une expression du principe de subsidiarité de l'engagement de la caution : comme l'indique la définition du cautionnement, le créancier ne

¹ Ce qui rappelle la distinction réalisée par l'art. L.650-1 C. com., qui indique que les garanties disproportionnées « peuvent être annulées ou réduites par le juge ».

² Ph. Théry, « L'EIRL, ou la prise de la Bastille », art. précité, n° 18, p. 705.

³ Etant entendu que leur intérêt pratique est faible en raison de leur cantonnement au cautionnement simple, alors que la stipulation de solidarité constitue une clause de style.

⁴ V. les art. 2298 et s. C. civ.

peut demander à la caution l'exécution de son obligation que si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Il existe donc une hiérarchie entre les différents débiteurs, celui qui s'est engagé à titre principal devant être appelé en paiement avant le débiteur accessoire. La Cour de cassation, depuis le XIX^e siècle, refuse pourtant ce moyen de défense à la caution réelle¹. Elle a réitéré récemment sa solution en se fondant sur l'absence d'obligation personnelle du tiers constituant². Les anciens auteurs estimaient que le créancier ne devait pas être moins bien traité en obtenant un cautionnement réel qu'en bénéficiant d'une sûreté réelle constituée par le débiteur principal³. L'idée se retrouve aujourd'hui sous la plume de la doctrine invoquant l'article 2466 du Code civil⁴ afin de priver les cautions réelles qui consentent des sûretés spéciales du bénéfice de discussion⁵.

469. L'argument ne convainc pas : ce texte fait partie du régime applicable au tiers acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté réelle spéciale avec droit de suite. L'on peut certainement comprendre que le créancier qui a obtenu une sûreté réelle de son débiteur ne doive pas être désavantagé par le transfert du bien à un tiers. Le fait accidentel que le bien grevé ait changé de mains ne doit pas l'empêcher de pouvoir mettre en œuvre sa sûreté au jour de la défaillance du débiteur principal, car c'est précisément ce qu'il aurait fait si le débiteur détenait encore le bien. Toute autre est la situation de la caution réelle, qui a consenti à s'engager comme garant et ne subit pas les effets d'une situation juridique née antérieurement entre le créancier et son débiteur⁶. Dès lors, il n'existe aucun conflit entre le droit des sûretés réelles et le droit du cautionnement sur ce point : le tiers étranger à la constitution de la sûreté réelle spéciale ne peut

¹ Civ., 3 mars 1856, *DP.* 1856. I. 321 ; Civ. 1^e, 21 juin 1978, *Bull. civ.* I, n° 236, p. 187 (n° 76-14524) et 6 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 78 (77-11840).

² Civ. 2^e, 4 septembre 2014, *Bull. civ.* II, n° 179 (n° 13-11887) ; Civ. 1^e, 25 novembre 2015, n° 14-21332 ; *RLDC* mars 2016, obs. C. Juillet.

³ V., insistant sur la « déception » du créancier que la caution réelle ne paierait pas immédiatement, C. T. Boiu, *Etude sur la caution réelle*, th. Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1902, p. 81 ; M. Delprat, *Du cautionnement réel*, th. Paris, Larose et Forcel, 1885, pp. 117-118.

⁴ Art. 2466 C. civ. : « L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble ».

⁵ V., par ex., J.-L. Aubert, obs. sous Civ. 1^e, 6 mars 1979, *Defrénois* 1980, art. 32267, p. 590 ; L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 143, p. 75. La doctrine majoritaire et la jurisprudence belges raisonnent de la même manière, v. A. Toussaint, art. précité, n° 20, p. 171 et s.

⁶ Sur l'impossibilité de raisonner de la même manière face à un tiers acquéreur et une caution réelle, v. F. Grua, « Le cautionnement réel », art. précité, n° 18 : « Si la caution réelle peut être parfois assimilée au débiteur, il ne faut pas vouloir en revanche comme il a parfois été tenté, la rapprocher du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, pour la seule raison que, comme lui, elle ne répond de la dette que sur le bien grevé. Il y a en effet une grande différence entre une caution réelle et un tiers détenteur : c'est que ce dernier n'a pas contracté avec le créancier ni fourni lui-même la sûreté. Or, si la loi lui reconnaît des droits particuliers, c'est précisément qu'il n'était pas partie au contrat constitutif de l'hypothèque ».

opposer le bénéfice de discussion au créancier, celui qui s'engage en constituant une sûreté réelle spéciale pour garantir la dette d'autrui devrait le pouvoir¹. La subsidiarité de l'engagement de la caution réelle est la même que celle de l'engagement de la caution personnelle. Il devrait donc revenir au créancier d'écarter expressément la possibilité d'invoquer le bénéfice de discussion par l'intégration d'une stipulation à cette fin au sein de l'acte constitutif du cautionnement réel².

470. Le jeu du bénéfice de division. Le bénéfice de division est également refusé à la caution réelle³. Cette exclusion post-arrêt de 2005 ne doit pas étonner, les conclusions de l'avocat général Gulphe à propos de l'arrêt du 6 mars 1979 faisant déjà référence à l'absence d'obligation personnelle de la caution réelle⁴. Cette affirmation ressemble pourtant à une pétition de principe, si bien que le débat s'est déplacé sur la compatibilité du bénéfice de division avec le principe d'indivisibilité des sûretés réelles⁵. A dire vrai, on ne voit pas vraiment pourquoi ce principe, qui concerne les cas dans lesquels le bien grevé se trouve fractionné ou la créance garantie divisée en différentes portions⁶, devrait empêcher la caution réelle de demander la division des poursuites au créancier en présence de plusieurs cautions⁷. Il s'agit là de deux questions différentes, la division du bien grevé ou de la créance garantie d'une part, la

¹ V. la rédaction de l'art. 2305 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, qui n'exclut pas la caution réelle de son champ d'application.

² En ce sens, J.-J. Ansault, th. précitée, n° 540, p. 485.

³ La question de l'opposabilité du bénéfice de division par la caution réelle ne s'est jamais posée à titre autonome. Depuis les années 1970, la Cour de cassation n'a eu à traiter d'affaires relatives au bénéfice de division que lorsque le bénéfice de discussion était également invoqué, ce qui a contribué à les traiter ensemble tant en jurisprudence qu'en doctrine, v. Civ. 1^e, 6 mars 1979 et 25 novembre 2015, précitées.

⁴ P. Gulphe, conclusions sous Civ. 1^e, 6 mars 1979, *JCP G* 1979. II. 19140 : « s'agissant, en effet, de la caution réelle, on se trouve cette fois en présence d'un engagement conventionnel propter rem, bien délimité par le montant de l'inscription prise, délibérément souscrit, par une personne qui a voulu affecter son immeuble à la constitution d'une sûreté. Il paraît alors logique, si elle n'a pas stipulé de clause contraire dans son contrat, de lui refuser le bénéfice de division, que l'on pourrait peut-être accorder au simple tiers détenteur ».

⁵ C. Juillet, obs. sous Civ. 1^e, 25 novembre 2015, précitées.

⁶ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd. par Y. Picod, 1999, n° 243, p. 294 ; J. Souhami, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD Civ.* 2008. 27. L'argument avancé par M. Juillet selon lequel la Cour de cassation inventerait de nouvelles utilités pour le principe d'indivisibilité en permettant à un cessionnaire Dailly de percevoir l'intégralité de la créance cédée même si son montant est supérieur à celui de la créance garantie ne nous paraît pas convaincant : il ne s'agit, encore une fois, que d'éviter que la division du bien grevé ne produise des conséquences dommageables pour le créancier (v. Com., 18 novembre 2014, *Bull. civ.* IV, n° 168, n° 13-13336). Sur l'indivisibilité de manière générale, v. *infra*, n° 558 et s.

⁷ J.-J. Ansault, th. précitée, n° 541 et s., p. 485 et s. ; A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés pour autrui », art. précité, n° 16, pp. 15-16 : « Tout ceci ne paraît pas radicalement incompatible avec le bénéfice de division qui, s'il était applicable aux sûretés réelles pour autrui limiterait seulement le montant que le créancier pourrait obtenir par la réalisation forcée de la sûreté. Pour autant, le bien demeurerait grevé en totalité ». L'auteur refuse toutefois le bénéfice de division à la caution réelle en raison de l'absence d'obligation de payer à la charge de la caution, ce qui n'emporte pas notre adhésion, v. *supra*, n° 401 et s.

division des poursuites d'autre part. Ce deuxième problème ne peut être tranché qu'en examinant l'intensité respective des engagements des différents garants. Or, il n'existe pas de hiérarchie entre les différents types de caution¹, ce qui rend injustifiable la possibilité de réclamer le paiement de l'intégralité de la dette à la caution réelle simple qui demanderait au créancier qu'il poursuive également les cautions personnelles pour leur part et portion. La caution réelle qui demande la division des poursuites ne devrait pas non plus avoir à souffrir de l'insolvabilité postérieure d'une caution personnelle. Toutes les cautions contractent des engagements subsidiaires de même « rang ». L'article 2303 du Code civil devrait donc s'appliquer à la caution réelle², sauf renonciation expresse ou stipulation de solidarité.

471. Le premier réflexe pourrait toutefois consister en l'affirmation de ce que le bénéfice de division ne devrait pas profiter à la caution réelle. En s'engageant à payer, elle prend le risque que le bien soit saisi si le débiteur n'exécute pas son obligation. Si le bien grevé est saisi puis vendu, pourquoi forcer le créancier à multiplier les recours à l'encontre des cofidésusseurs alors qu'il pourrait directement appréhender le produit de la vente et laisser la caution réelle se retourner contre les autres garants ? Le raisonnement est séduisant, mais ne fonctionne pas dans toutes les hypothèses : les biens divisibles, tels que les universalités de fait, n'entrent pas dans ce « moule ». Il suffit de prendre un exemple concret : voilà un tiers qui constitue un nantissement sur un portefeuille de titres financiers estimé à un million d'euros afin de garantir la dette du débiteur principal, d'un montant de 600 000 euros. Par ailleurs, deux cautions personnelles sont engagées jusqu'à un million d'euros pour garantir la même dette. Si l'on refuse à la caution réelle l'application du bénéfice de division, elle sera tenue de vendre des titres financiers jusqu'à faire apparaître un prix de vente équivalant au montant de la créance garantie. Elle serait donc tenue de vendre 60% de ses titres, avant d'agir en remboursement pour 200 000 euros contre chacun des cofidésusseurs. A l'inverse, si elle est autorisée à se prévaloir du bénéfice de division, elle n'aura qu'à vendre 20% de ses titres, chacun des cofidésusseurs étant tenu de verser 200 000 euros au créancier poursuivant. Il n'est tout de même pas indifférent de conserver des titres financiers plutôt que d'obtenir un remboursement en monnaie sonnante et trébuchante ! La nécessité n'est évidemment pas la même dans le cas

¹ En ce sens, J. Mestre, « La pluralité d'obligés accessoires », *RTD Civ.* 1981. 1, n° 53 et s., p. 30 et s.

² *Contra*, l'art. 2307 de l'avant-projet de réforme qui exclut expressément la caution réelle de son champ d'application.

d'une hypothèque pour autrui, l'immeuble étant intégralement perdu si la caution réelle est obligée de le vendre pour exécuter son obligation envers le créancier. Il nous paraît donc important de reconnaître le bénéfice de division aux cautions réelles, mais de conseiller aux créanciers de stipuler systématiquement des clauses de renonciation dans les actes de cautionnement réel portant sur des biens indivisibles, qui sortent intégralement du patrimoine du débiteur une fois la vente réalisée. En ce qui concerne les biens divisibles, la limitation de l'engagement de la caution réelle, qui est de l'essence de cette sûreté, devrait commander l'application du bénéfice de division et permettre la conservation en nature de la plus grande portion du bien possible dans le patrimoine du garant¹.

472. Le jeu du bénéfice de subrogation. Le bénéfice de subrogation est la dernière protection de la caution réelle à avoir été supprimée par la Cour de cassation², alors qu'elle lui avait donné le droit de s'en prévaloir jusque-là³. Quel que soit le fondement que l'on décide de retenir pour ce moyen de défense fondamental de la caution, il ne paraît certainement pas souhaitable de maintenir la solution actuelle qui aboutit à ce que la caution réelle soit victime de la négligence du créancier. Comment tolérer, par exemple, que le créancier puisse valablement ne pas déclarer sa créance chirographaire qui lui aurait donné le droit de participer aux répartitions et dividendes dans la procédure collective du débiteur principal⁴, demander le paiement intégral à la caution réelle puis la laisser subir seule la charge de l'insolvabilité du débiteur ? Serait-il acceptable de laisser le créancier poursuivre la caution réelle après avoir donné mainlevée de la sûreté réelle dont il était titulaire sur un bien du débiteur principal ? Il est nécessaire de sanctionner les fautes du créancier qui prendrait trop de libertés avec ses droits au détriment de la situation du garant. Ce dernier ne fait que mettre au service du créancier son

¹ L'argument selon lequel le bénéfice de division ne devrait pas profiter à la caution réelle car elle ne fait qu'affecter un ou plusieurs biens à la garantie du paiement d'une créance ne nous paraît pas valable. En effet, tant la caution personnelle que la caution réelle contractent une obligation de garantir la dette du débiteur principal, personnelle dans le premier cas, réelle dans le deuxième. Il existe donc bien entre les cofidésseurs un objet unique susceptible de division. Il ne faut pas s'arrêter à l'affectation à l'origine des sûretés réelles, mais pousser plus loin l'analyse pour constater que l'affectation est précisément constitutive d'une obligation réelle de garantie. Comp. A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », art. précité, n° 16, p. 16, ainsi que O. Gout, « Le cautionnement réel », art. précité, n° 21, p. 109.

² Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-17542.

³ Req., 27 avril 1942, S. 1942. 1. 114. Dans cet arrêt, la Chambre des requêtes indique nettement que l'obligation de garantir la dette d'autrui constitue le fondement de l'application du bénéfice de subrogation à la caution réelle : « *la subrogation dans les droits du créancier qui a lieu de plein droit [...] au profit de celui qui est tenu pour d'autres au paiement de la dette, bénéficiant à la caution réelle comme à la caution personnelle, la caution réelle doit être déchargée lorsque par le fait du créancier la subrogation ne peut plus s'opérer* ».

⁴ Sur le défaut de déclaration d'une créance chirographaire et le jeu du bénéfice de subrogation, v. Com., 19 février 2013, n° 11-28423 et 16 septembre 2014, n° 13-19040 ainsi que Civ. 1^e, 3 juillet 2013, n° 12-21126.

patrimoine ou une partie de son patrimoine sans s'engager à supporter la charge définitive de la dette. Refuser l'application de l'article 2314 du Code civil revient à faire de la caution réelle un débiteur à titre principal, ce qui n'est certainement pas conforme à la volonté des parties. Alors que tous les auteurs, mêmes farouchement opposés à la notion de « cautionnement réel », reconnaissent au garant les mêmes recours que la caution personnelle contre le débiteur principal¹, il ne serait pas cohérent de les leur reconnaître sans leur permettre d'invoquer également les moyens de défense maximisant leur efficacité.

473. Conclusion de la section 2. L'existence d'une obligation réelle de garantir la dette d'autrui détermine le régime du cautionnement réel : il faut lui appliquer le régime du cautionnement personnel toutes les fois que la réponse à la question posée ne dépend que de l'obligation de garantir la dette d'autrui, sans nécessiter de se pencher sur ses modalités.

Ainsi, en matière de procédures collectives, l'application des règles du cautionnement personnel se fait selon un critère clair. Dans la procédure collective du débiteur principal, le bénéficiaire d'un cautionnement réel est titulaire d'un droit de poursuite contre un tiers. Les problèmes juridiques se posent alors dans les mêmes termes que le créancier agisse contre une caution personnelle ou une caution réelle. L'assiette de sa garantie est constituée de biens appartenant à un tiers, ce qui lui permet d'échapper à la discipline collective, sauf exceptions. En revanche, lorsque le bénéficiaire veut faire valoir son droit dans la procédure collective ouverte à l'encontre du constituant, on ne peut faire abstraction de ses modalités d'exercice, étant entendu qu'il va chercher à mettre en œuvre la rupture d'égalité que lui confère la sûreté réelle afin d'être mieux traité que ses concurrents. Le cautionnement réel doit ici être traité comme une pure sûreté réelle.

La situation est plus complexe en présence d'un débiteur et d'un constituant *in bonis*. Dans cette situation, le critère reste le même, mais il faut obligatoirement procéder au cas par cas et se demander si, pour chaque règle du régime du cautionnement personnel, la *ratio legis* se retrouve à l'identique dans le cautionnement réel. C'est ainsi que les questions relatives à l'aptitude à consentir un cautionnement, aux obligations légales d'information et au bénéfice des moyens de défense dilatoires ainsi que de l'article 2314 du Code civil devraient être résolues

¹ V., entre autres, A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 291, p. 202 ; V. Bonnet, n. sous Civ. 1^o, 7 février 2006, précitée ; J.-D. Pellier, « Une certaine idée du cautionnement », art. précité, n° 4.

par l'application des règles du cautionnement personnel. Ces dispositions devraient régir la situation de la caution réelle car elles sont la conséquence directe de l'existence d'une obligation de garantir la dette d'autrui, assumée par la caution personnelle comme par la caution réelle. Dans la mesure où ces protections ne sont pas refusées à la caution personnelle qui n'engage qu'une partie de son patrimoine au profit du débiteur principal sur le simple fondement de la limitation du droit de poursuite du créancier, elles doivent s'appliquer à la caution réelle. En revanche, la mention manuscrite du droit du cautionnement n'est pas applicable en raison de son inutilité. Le principe de proportionnalité pourrait jouer, mais dans certaines situations seulement. On aboutit ainsi à des solutions protectrices de la caution réelle, qui ne sont pas excessivement contraignantes pour le créancier et qui écartent tout dogmatisme.

474. Conclusion du chapitre. Ni le droit des sûretés réelles, ni celui des sûretés personnelles n'est à même d'appréhender seul cette figure complexe qu'est le cautionnement réel. Son hybridité est une réalité, bien loin de l'analyse sans nuances retenue depuis 2005 par la Cour de cassation. Pour en prendre pleinement conscience, il est nécessaire de reconnaître l'existence d'une véritable obligation de garantir la dette d'autrui à la charge de la caution réelle, qui se divise en une prestation de couverture et une prestation de règlement. Les analyses au prisme des notions de charge, de simple affectation de biens ou de dualité de droits de poursuite pour une seule obligation ne survivent pas à un examen détaillé de la situation du garant. Les effets de son paiement volontaire et, surtout, son traitement par le droit de l'exécution forcée démontrent qu'il a pleinement consenti à assumer une obligation. Dès lors, il est possible d'indiquer concrètement en quoi consiste son hybridité : la « sûreté réelle pour autrui » fait naître à la charge de son constituant une obligation de garantir la dette d'autrui, qui a pour particularité d'être une obligation réelle.

La détermination de son régime doit alors se faire en prenant en compte la distinction entre l'élément « obligation de garantir la dette d'autrui » et l'élément « obligation réelle de garantie ». Les règles du cautionnement personnel sont donc appelées à s'appliquer au cautionnement réel lorsqu'elles se justifient uniquement par l'existence d'une garantie de la dette d'autrui, sans référence à l'intensité ou aux modalités de cet engagement. C'est ainsi que la caution réelle peut être poursuivie par le créancier d'un débiteur en procédure collective dans les mêmes conditions que la caution personnelle. C'est également la raison pour laquelle seules

les personnes aptes à consentir un cautionnement personnel devraient pouvoir consentir un cautionnement réel et aussi pourquoi toutes les cautions devraient pouvoir invoquer les mêmes « bénéfices » ou réclamer l'exécution des obligations légales d'information au créancier-bénéficiaire. Cela permettrait enfin de justifier que le principe de proportionnalité ne joue que lorsque les sûretés réelles ressemblent le plus au cautionnement, c'est-à-dire lorsque leur assiette englobe des biens futurs ou lorsqu'elles font peser un risque de surendettement sur le garant. A l'inverse, les règles du cautionnement personnel doivent être écartées lorsqu'il s'agit de s'intéresser au contenu de l'obligation ou à ses modalités de mise en œuvre. C'est ainsi que l'on justifie que le créancier ne puisse poursuivre le constituant en procédure collective qu'en respectant les restrictions imposées aux titulaires de sûretés réelles. Le rapprochement des sûretés réelles et personnelles amorcé par la réforme du 23 mars 2006 trouve donc un prolongement logique dans l'analyse du cautionnement réel : aux affirmations tranchées, préférons un raisonnement nuancé, prenant en considération les deux facettes de cette garantie hybride.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME

475. Rapprochement de l'assiette des sûretés réelles et personnelles. La détermination précise des contours du concept de sûreté réelle passe nécessairement par la délimitation exacte des frontières des sûretés réelles et personnelles. S'il est indéniable que certaines différences techniques demeurent – la sûreté réelle est caractérisée par l'affectation ; la sûreté personnelle par l'altérité entre le patrimoine répondant de la dette à titre principal et celui qui en répond au titre de la garantie –, la réforme du 23 mars 2006 a considérablement rapproché les deux familles de sûretés. L'assouplissement du principe de spécialité quant à l'assiette permet de grever d'une sûreté réelle des biens futurs, tout comme le droit de gage général conféré par le cautionnement porte sur les biens présents et futurs de la caution. De même, la possibilité de consentir des sûretés réelles *omnibus* semble avoir été ouverte par l'affaiblissement du principe de spécialité quant à la créance garantie, ce qui révèle l'existence d'un type de garantie transcendant les catégories habituelles : la garantie de dettes futures. Le constituant d'une telle garantie, quelle que soit sa nature, doit toujours être protégé selon les mêmes modalités, notamment par le biais d'une faculté de résiliation unilatérale de la garantie de dettes futures à durée indéterminée. La structure d'une telle garantie ne dépend pas du choix d'une sûreté réelle ou personnelle : elle fonctionne toujours par la mise en place d'une période de couverture, dont le terme ne coïncide pas avec l'extinction de la sûreté. En effet, la garantie des dettes futures dure aussi longtemps que la dernière obligation de règlement née au cours de la période de couverture n'a pas été réglée.

476. Rapprochement de la technique des sûretés réelles et personnelles. Cette communauté de structure en matière de dettes futures appelle à poursuivre le raisonnement sur le terrain de la garantie de dettes présentes. Il semblerait alors que tous les contrats de garantie puissent être réunis autour de l'idée d'une obligation de garantie, divisée en une prestation de couverture – assurer au créancier garanti une protection efficace contre la survenance du risque envisagé – et une prestation de règlement – payer si le risque couvert s'est effectivement réalisé. La caution contracterait alors une obligation personnelle de garantie, soit mettre son patrimoine à disposition du créancier, puis le payer si le débiteur principal s'avérait défaillant. Le constituant de la sûreté réelle, lui, contracte une obligation réelle de garantie, ce qui l'engage

d'abord à subir une limitation de ses pouvoirs de gestion sur les biens affectés et à octroyer dans le même temps un droit de regard et de critique accru au bénéficiaire afin qu'il puisse s'assurer que son droit de gage spécial conservera une consistance suffisante pour lui offrir une garantie efficace au jour de la défaillance du débiteur principal. Outre cette prestation réelle de couverture, le constituant est également tenu d'une prestation réelle de règlement, qui permet au bénéficiaire de disposer de facilités au stade de l'exécution forcée de sa créance, afin de faire apparaître la plus faible des deux sommes entre son montant et la valeur des biens composant l'assiette de sa sûreté, qu'ils se trouvent encore entre les mains du débiteur d'origine ou qu'ils aient changé de propriétaire lorsque la sûreté confère un droit de suite.

477. L'obligation réelle de garantie incombant à la caution réelle. Le rapprochement des sûretés réelles et personnelles tant du point de vue de leur assiette que de leur structure incite alors à repenser le cautionnement réel à l'aune de ce bouleversement du droit des sûretés. Il s'agit déjà de repenser sa nature : peut-on encore se satisfaire de l'opposition tranchée entre les deux catégories composant la *summa divisio* telle qu'elle ressort de l'arrêt d'une Chambre Mixte du 2 décembre 2005 et de ses suites ? Il nous semble qu'il faut dépasser ce clivage et donner toute son importance à l'hybridité d'une telle garantie. La caution réelle assume un risque d'endettement en s'engageant à exécuter l'obligation du débiteur principal s'il est défaillant, ce qui en fait un cautionnement. Toutefois, le créancier entend bénéficier d'une rupture d'égalité avec les autres créanciers du constituant, ce qui en fait une sûreté réelle. Les développements précédents permettent alors d'établir une nouvelle grille de lecture du cautionnement réel, empruntant l'élément « obligation de garantir la dette d'un tiers » au droit des sûretés personnelles et l'élément « obligation réelle de garantie » au droit des sûretés réelles.

478. L'application partielle du régime du cautionnement personnel au cautionnement réel. Une telle analyse de la nature du cautionnement réel ressurgit nécessairement lors de l'étape délicate de la détermination de son régime. Il faut établir une règle de conflit permettant de faire le départ entre les situations requérant l'application du droit des sûretés personnelles et le droit des sûretés réelles. Toutes les fois que la question à résoudre concerne la seule possibilité pour le créancier d'agir contre la caution réelle, sans égards pour le contenu de ce droit de poursuite, le droit du cautionnement a vocation à s'appliquer. A

l'inverse, lorsque le créancier entend se prévaloir de la rupture d'égalité, le droit des sûretés réelles retrouve toute sa place. Le cautionnement réel doit donc être traité comme un cautionnement « personnel » lorsque se pose la question de savoir à quelles conditions le bénéficiaire peut agir alors qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur principal. A l'inverse, c'est le droit des sûretés réelles qu'il faut interroger afin de déterminer les modalités de mise en œuvre du cautionnement réel dans la procédure collective qui frappe le constituant. De même, lorsque le constituant est *in bonis*, le cautionnement réel doit être traité comme un véritable cautionnement dans le cadre de la détermination de l'aptitude à consentir une sûreté, de l'application des obligations d'information légales ou des différents « bénéfiques » de discussion, division et subrogation. Le seul fait de garantir la dette d'autrui devrait suffire à reconnaître ces mesures protectrices au profit de la caution réelle. A l'inverse, sont inapplicables à la situation de ce garant les dispositions du droit du cautionnement fondées sur l'existence d'une obligation personnelle à la charge de la caution. L'exigence d'une mention manuscrite doit alors être purement et simplement écartée, alors que le bénéfice de disproportion doit être reconnu de façon nuancée. Les enseignements tirés de l'étude du rapprochement des sûretés réelles et personnelles, additionnés aux leçons apprises de l'examen de la proximité du droit de préférence et du droit exclusif, permettent alors de serrer au plus près le concept de sûreté réelle.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

479. Identité du bénéficiaire de la sûreté réelle. On l'a bien compris, aujourd'hui, ce n'est pas la préférence qui fait la sûreté réelle, mais seulement la rupture d'égalité entre les différents créanciers du constituant. Le concept de sûreté réelle doit être élargi en tenant compte de l'avènement des modes exclusifs de réalisation des sûretés ainsi que des sûretés exclusives. Malgré la réforme du 23 mars 2006, une chose n'a pas changé : le bénéficiaire d'une sûreté réelle est nécessairement un créancier de somme d'argent qui recherche sa sécurité dans l'obtention d'un droit renforçant son droit de gage général sur un ou plusieurs biens se situant en dehors de son patrimoine. En revanche, celui dont la garantie a pour seul objectif la conservation de son droit de propriété n'est pas titulaire d'une sûreté réelle : sa sécurité repose sur une garantie contractuelle exclusive, catégorie qu'il faut bien distinguer tant des sûretés préférentielles que des sûretés exclusives. Il faut donc se garder de faire de l'intensité du droit du créancier le critère de qualification de la sûreté réelle : à ce stade, l'essentiel est seulement la rupture d'égalité entre les créanciers du constituant.

480. Les deux temps de la vie de la sûreté réelle. Cette rupture d'égalité trouve sa source dans une notion centrale pour la détermination de l'essence de la sûreté réelle : l'affectation de l'assiette à la garantie du paiement d'une créance. Encore faut-il prendre la mesure exacte de l'affectation, créatrice d'une véritable obligation réelle de garantie à la charge du constituant. Dans un premier temps, de la constitution de la sûreté réelle jusqu'à l'échéance de la créance garantie, l'affectation emporte restriction des prérogatives du constituant sur les biens grevés. C'est ainsi que le bénéficiaire de la sûreté acquiert un véritable pouvoir de contrôle sur l'assiette de la sûreté, ce qui lui permet d'éviter que le constituant ne fasse disparaître la sûreté en cédant les biens ou en passant des actes susceptibles de diminuer leur valeur, suivant les cas. Dans un second temps, si le débiteur principal n'exécute pas son engagement, la sûreté prend les traits d'une obligation de payer à titre préférentiel ou exclusif, qui se révèle par l'assouplissement des conditions de mise en œuvre de l'exécution forcée ou la possibilité d'agir contre un tiers initialement étranger à la dette.

481. L'élaboration du régime des sûretés-frontières. Le rapprochement opéré en 2006 entre exclusivité et préférence d'une part, sûretés réelles et personnelles d'autre part, permet d'élaborer le régime des « sûretés-frontières », qui se trouvent à la limite des différentes catégories. Il ne faut pas chercher à réduire le particularisme du nantissement de créance et du cautionnement réel en les faisant entrer à toute force dans une seule catégorie. Au contraire, il paraît nécessaire de prendre appui sur leurs spécificités afin d'élaborer un régime conforme à leur nature et d'expliquer que la qualification de sûreté réelle n'est pas incompatible avec l'octroi d'un droit exclusif au créancier ou l'application de certaines règles appartenant au régime des sûretés personnelles. Le nantissement de créance peut ainsi être divisé en deux phases : au droit de préférence sur la créance, faute de mention expresse d'un droit exclusif dans les textes, succède un droit exclusif sur les sommes perçues, prenant la forme d'une fiducie-sûreté. De même, le cautionnement réel ne doit pas être analysé comme une pure sûreté réelle, mais comme un hybride pouvant accueillir le régime protecteur de la caution personnelle lorsqu'il trouve sa seule justification dans l'existence d'une obligation de garantir la dette d'autrui à la charge du constituant.

482. Essai d'une définition de la sûreté réelle. Au vu de tous ces éléments, il est possible de proposer une définition de la sûreté réelle qui englobe l'intégralité des conclusions précitées. Il s'agit alors de *l'affectation d'un ou plusieurs biens garantissant le paiement d'une somme d'argent et n'appartenant pas au créancier qui en est bénéficiaire. La rupture d'égalité qu'elle induit entre les créanciers du constituant peut être préférentielle ou exclusive. Dans tous les cas, elle fait naître une obligation réelle de garantir une dette qui peut être celle du constituant lui-même ou d'un tiers. Celle-ci se manifeste d'abord par une obligation de conserver en valeur et en nature l'assiette de la garantie tant que la défaillance du débiteur n'est pas caractérisée. Elle se manifeste ensuite par l'obligation de payer la somme due au créancier si le débiteur est défaillant, son inexécution étant sanctionnée par la mise en œuvre de procédures civiles d'exécution simplifiées et/ou la possibilité d'agir contre un tiers initialement étranger à la dette.*

483. Cette définition ne permet toutefois d'apporter des réponses qu'à la moitié des interrogations soulevées par le droit des sûretés réelles. Les atteintes portées à la cohérence de

cette matière ne se situent pas seulement au stade de la détermination des concepts et de la classification des garanties réelles. La question du régime applicable est tout autant, voire plus, problématique. C'est que, bien que les sûretés réelles soient soumises à un régime primaire partiellement commun, elles sont également sujettes à des règles extrêmement variables en procédure collective, suivant la nature de la garantie souscrite, ainsi qu'à d'autres dispositions propres à chaque famille de sûretés, eu égard à la diversité des biens qui peuvent être affectés en garantie du paiement des créances de sommes d'argent. C'est donc qu'il faut exposer, non pas le régime, mais les régimes applicables aux sûretés réelles.

DEUXIÈME PARTIE : LES RÉGIMES DES SÛRETÉS RÉELLES

484. « *Les voies du droit des sûretés sont à peine pénétrables* »¹. Le droit des sûretés réelles n'est certainement pas conçu pour les « faiseurs de systèmes ». A l'unité du concept répond la diversité des régimes, parfois justifiée, le plus souvent arbitraire. C'est ainsi que l'article 2287 du Code civil invite à distinguer le droit des sûretés du Code civil, applicable au débiteur en mesure de faire face à ses dettes, du droit des sûretés du Code de commerce et du Code de la consommation, qui prennent le relais lorsqu'une procédure collective est ouverte à son encontre. Cette distinction est parfaitement justifiée : le premier corps de règles traite des questions de constitution, d'opposabilité, de protection des parties au contrat ainsi que de réalisation de la sûreté dans un contexte où chaque créancier a vocation à être payé ; le second impose des restrictions à leurs droits afin d'assurer le redressement de l'entreprise en difficulté ainsi que le maintien des emplois menacés dans une situation de crise. Tout n'est pas parfait dans l'articulation entre le Livre IV du Code civil et le Livre VI du Code de commerce, loin de là, mais, au moins, le principe de la diversité des règles est pleinement justifié.

485. A l'inverse, la profusion est critiquable lorsqu'elle se matérialise sous la forme d'une pluralité de réponses à une question unique, sapant ainsi la cohérence de l'ensemble du droit des sûretés². Parmi bien d'autres questions, l'on peut se demander pourquoi la Cour de cassation a refusé toute option entre le gage des stocks du Code de commerce et le gage du Code civil, alors que la possibilité de choisir devrait constituer la contrepartie de l'existence d'un grand nombre de garanties ; pourquoi les fiducies-sûretés hors du Code civil bénéficient d'une efficacité à toute épreuve dans la procédure collective frappant le débiteur alors que le législateur s'est efforcé de mettre en place un *modus vivendi* tempérant l'exclusivité de la fiducie du Code civil ; pourquoi, alors que le Code civil contient un droit commun du gage, de

¹ O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD Civ.* 2013. 255.

² Rapp. L. Andreu, « La simplification du droit des sûretés », in D. Bert, M. Chagny et A. Constantin (dir.), *La simplification du droit*, préf. J.-L. Debré, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, T. 15, 2015, n° 20, p. 205 : « il nous apparaît que, dans une bonne législation, l'existence de régimes particuliers de sûretés, qui tiennent compte de la spécificité de leur objet ou des situations auxquelles elles s'appliquent, n'a rien d'anormal, et contribue même à la qualité de la législation ».

nombreuses sûretés spéciales sur meubles corporels continuent à exister au sein de multiples Codes ; pourquoi, enfin, les privilèges pullulent, alors que tant les droits exclusifs que les modes exclusifs de réalisation des sûretés préférentielles permettent de les tenir en échec.

486. Un problème global. Bien que la somme des incohérences apparaisse considérable, il ne faut pas désespérer pour autant. Le droit français n'est pas le premier à devoir faire face à de telles difficultés. Bien au contraire, de nombreux législateurs étrangers ont déjà eu affaire à des praticiens désireux de contourner les règles d'accès au gage commun des créanciers dans le contexte des procédures collectives, comme à la multiplication irraisonnée du nombre de sûretés légales et conventionnelles. Certains systèmes ont résolu le problème en recourant à la « sûreté unique » : on reconnaît là le modèle américain du *security interest*, partiellement repris en droit québécois au travers de l'hypothèque unique, qui repose sur une définition fonctionnelle des sûretés, et donc la soumission corrélatrice de tous les droits réels de garantie aux mêmes principes fondamentaux. Il nous semble que le droit français n'aurait rien à gagner au recopiage d'un système étranger, bien moins simple qu'il n'y paraît à première vue¹.

487. Une bonne réforme française du droit des sûretés consisterait plutôt à s'inspirer de l'architecture du droit des contrats, divisé entre droit commun et contrats spéciaux², afin de mettre en place un système divisé en trois « couches »³ : au premier étage se trouverait ainsi le

¹ Et ce d'autant plus que le fiasco du prêt viager hypothécaire et de l'hypothèque rechargeable rappelle que « l'échec de l'acculturation juridique [est inévitable] lorsqu'elle est insuffisamment méditée » (C. Gijssbers, « Dix ans après : l'hypothèque immobilière revivifiée ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 9, p. 169).

² Sur laquelle, v. not. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, Précis Domat droit privé, 13^e éd., 2019, n° 1, p. 19 : « Plutôt que de droit des « contrats spéciaux », il vaudrait mieux parler de droit spécial des contrats ou, mieux encore, de « droit spécialisé des contrats ». De fait, c'est bien l'idée de spécialisation qui domine, au sens où des études spécialisées suivent et prolongent une étude générale : en effet, s'il s'appuie sur la théorie générale des contrats [comprendre « le droit commun »], le droit des contrats spéciaux en assure non seulement l'application mais encore l'adaptation aux singularités de chaque espèce » ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 2, p. 5, définissant le droit spécial des contrats comme « les dispositions propres à chaque contrat ou à chaque catégorie de contrat, indépendamment des règles générales applicables à l'ensemble des contrats et indépendamment des règles fixant la teneur de tel ou tel contrat individuel ».

³ Sur ce point, F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993. 59, n° 9 : « En vérité, généralement, il n'y a pas d'un côté les règles du droit commun, de la plus grande généralité et de la plus grande abstraction possible, et, d'un autre côté, des droits spéciaux pointillistes. Entre les deux, il existe le plus souvent toute une gradation de lois de moins en moins communes et de plus en plus spéciales. Par exemple, la réglementation du prêt de consommation fait figure de droit spécial par rapport au droit des obligations, mais elle fait figure elle-même de droit commun par rapport aux réglementations de prêt de choses particulières, telles les titres. Et la loi sur les prêts de titres fera elle-même figure de droit commun le jour où le législateur éprouvera le besoin de réglementer spécialement le prêt de telle catégorie de titres. Chaque loi nouvelle, franchissant un degré de plus que les précédentes dans la précision de son domaine, apporte ainsi une nouvelle couche ». V. également, s'inspirant du droit des contrats, L. Aynès, « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport de synthèse », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 43, n° 3 : « Toute

droit commun des sûretés réelles – ou régime primaire – rassemblant toutes les dispositions fondamentales communes à toutes les sûretés ; au second étage se situerait le droit commun « familial », présentant un degré moindre de généralité – qui constituerait ainsi du droit spécial par rapport au degré précédent – mais rassemblant certains mécanismes de garanties aux traits communs suffisamment proches pour nécessiter des réponses similaires aux problèmes posés ; enfin, le dernier étage serait réservé aux dispositions spéciales à chaque sûreté, dont l'existence se justifie par les particularités de l'assiette sur laquelle elle porte. La tradition législative française serait ainsi respectée¹ et le droit des sûretés rendu plus attractif au sens noble du terme : non pas en s'alignant sur le modèle anglo-saxon visant l'efficacité avant toute chose², mais en perfectionnant l'existant *via* l'édiction de textes courts et clairs soumettant l'ensemble des sûretés au même régime lorsque la situation l'impose – notamment dans le but de remplir les objectifs affichés par le droit des procédures collectives – et tolérant la diversité des sûretés dans la stricte mesure où elle est justifiée par l'existence de spécificités présentées par leur assiette.

488. Première étape : l'édiction d'un droit commun. La découverte d'un droit commun des sûretés réelles lorsque le débiteur est *in bonis* constitue la première étape du raisonnement. Il existe en germe, tant les règles applicables aux différentes sûretés, en ce compris les fiducies, se ressemblent. Toutes les sûretés obéissent aux mêmes règles de

sûreté réelle répondrait ainsi à quelques règles générales [...] auxquelles s'ajouteraient des règles propres aux sûretés soit mobilières, soit immobilières ; sur biens soit corporels, soit incorporels, avec ou sans dépossession ; auxquelles s'ajouteraient d'autres règles plus spéciales encore commandées par l'assiette de la sûreté [...] les pouvoirs du constituant [...], sa situation in bonis ou au contraire sous l'empire d'une procédure d'insolvabilité au moment de la réalisation... ».

¹ Tradition qui repose notamment sur la diversité des sûretés et la liberté des parties de choisir celle qui leur paraît la mieux adaptée à leurs besoins, v. D. Legeais, « Le droit français, modèle ou anti-modèle ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, spé. p. 28 et s.

² Pour une critique du recours systématique à l'argument de l'attractivité, véritable « tarte à la crème » tant il sert à justifier toutes les réformes récentes du droit français, v. N. Borga, « Propos introductifs – Du bien-fondé d'une réforme des sûretés ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, n° 15, p. 12 : « Trop souvent, en effet, la modernité consiste à répondre à des besoins particuliers exprimés par la pratique, c'est-à-dire très concrètement certains créanciers professionnels. Et l'argument tiré d'un besoin de moderniser le droit français rejoint fréquemment celui relatif à l'impérieux besoin de rendre le droit français plus attractif dans une perspective internationale. Un droit moderne, ce serait donc un droit donnant satisfaction à ceux qui doivent y recourir ; ce serait également un droit attractif pour les investisseurs étrangers. En elles-mêmes, ces attentes n'ont évidemment rien d'illégitimes : elles sont consubstantielles à la prise de garantie. Mais on peut tout de même douter que la modernité consiste à systématiquement répondre aux différentes demandes des créanciers pour créer de toutes pièces de nouvelles sûretés dès lors qu'ils ne trouvent pas exactement dans l'existant de quoi les satisfaire » ; Ph. Delebecque, « « L'attractivité » du droit français : un mot d'ordre dépourvu de sens ? », in *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, n° 2, p. 185, ainsi que n° 21, p. 193 : « S'il est parfaitement légitime d'apprécier l'attractivité d'un pays sur le plan économique, cela l'est moins sur le plan juridique. Sur ce terrain, il faut se garder de toute vue systématique et partielle. Le droit ne doit pas être le reflet de la mode ou d'une mode ; il doit s'efforcer de répondre avant tout aux besoins politiques, économiques et sociaux des justiciables. En somme, le droit français, comme l'oiseau du ciel, doit rester lui-même. L'attractivité lui sera donnée ou redonnée par surcroît ».

constitution, se servent des mêmes techniques afin de protéger le bénéficiaire avant l'échéance, et peuvent être réalisées suivant les mêmes modalités. Ce point est capital : ici, l'unité du régime des sûretés réelles répond à l'unité du concept. Il devient alors possible de mettre en évidence de façon éclatante l'incohérence du droit des procédures collectives : alors que les sûretés préférentielles sont soumises à un régime unitaire et que le législateur a restreint les prérogatives des titulaires de sûretés sans dépossession, quelle que soit la technique d'affectation employée, dans le but de sauver les entreprises en difficulté lorsque la situation n'est pas irrémédiablement compromise, des différences de régime très critiquables demeurent. En effet, les droits de propriété réservée ne sont pas toujours paralysés lorsque le bien grevé se trouve entre les mains du débiteur, et tous les droits exclusifs portant sur des biens sur lesquels le créancier exerce son emprise sont pleinement efficaces. La situation est encore plus grave en matière de liquidation judiciaire, où tous les créanciers sont invités par le législateur à faire jouer leurs prérogatives hors concours, au mépris du classement légal des droits de préférence. Cette incohérence doit être résorbée, afin qu'à l'unité du concept de sûreté réelle réponde enfin un régime unitaire quant aux principes fondamentaux, tant lorsque le débiteur se trouve *in bonis* que dans l'hypothèse où une procédure collective est ouverte à son encontre (**Titre Premier**).

489. Seconde étape : la rationalisation des droits spéciaux. Une fois les principes fondamentaux fixés à l'identique pour toutes les sûretés réelles, la diversité peut trouver sa juste place. Les grandes orientations des droits communs « familiaux » doivent alors être déterminées afin que la multiplicité de sûretés ne confine pas à la cacophonie. En matière de sûretés mobilières conventionnelles, le *statu quo* n'est plus tenable. La distinction des sûretés sur meubles corporels et incorporels ne joue pas son rôle, tant et si bien que des garanties présentant peu de points communs sont finalement soumises à des régimes similaires en raison d'une maladresse législative. Mieux vaut réaliser la partition du droit des sûretés mobilières suivant une distinction qui épouse les divergences entre les techniques d'affectation en garantie : aux sûretés hypothécaires devraient être opposées les sûretés non-hypothécaires, le clivage reposant alors objectivement sur l'existence ou non d'un droit de suite virtuellement illimité conféré au créancier bénéficiaire. Il devient alors possible d'édicter des principes communs mieux adaptés aux différentes familles ainsi révélées. La réflexion vaut à l'identique en ce qui concerne les sûretés légales. Derrière le vocable unique de « privilège » se dissimulent

des faveurs légales de nature diverse, ayant toutefois en commun de ruiner l'efficacité des sûretés préférentielles par l'affaiblissement du rang du droit de préférence dans le classement légal. Là encore, l'édiction d'un petit nombre de principes permettant la réduction de leur nombre posséderait un effet salvateur sur la cohérence du droit des sûretés (**Titre deuxième**).

TITRE PREMIER : L'ÉTABLISSEMENT DU DROIT COMMUN DES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES

490. Le droit commun des sûretés conventionnelles : notion. Le concept de sûreté réelle présentant une nature unitaire, l'on s'attend nécessairement à l'existence d'un droit commun des sûretés réelles témoignant concrètement de ce que l'étude théorique a permis de mettre en lumière. En effet, le droit commun n'est pas autre chose que l'ensemble des règles, propres à une institution, s'appliquant sur un « *domaine indéfini* »¹. Il est soumis à un principe de subsidiarité obligatoire, son application étant requise toutes les fois qu'un texte spécial ne l'écarte pas expressément². L'intérêt d'un droit commun des sûretés réelles est alors évident : disposer d'un tel outil permettrait de se dispenser de répéter les règles générales au sein du régime de chaque sûreté spéciale, ce deuxième corps de règles se contentant alors d'énoncer les dispositions véritablement spécifiques au mécanisme de garantie considéré. La même remarque vaut également dans le domaine des sûretés personnelles, au sein duquel Mme Bourassin a déjà réalisé ce travail par l'édification d'un régime primaire³. Il apparaît donc nécessaire de travailler à la construction d'un droit commun à toutes les garanties reposant sur une obligation réelle de garantie⁴. Se limiter à l'étude des sûretés conventionnelles à ce stade constitue un prérequis, afin de disposer d'une base de travail suffisamment homogène, la source des privilèges rendant indispensable des développements séparés⁵.

¹ N. Balat, *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 571, 2016, n° 75 et s., p. 50 et s., spé. n° 80, p. 54 : « *Ainsi, pour une institution donnée, une règle de droit commun est une règle dont le domaine d'application est indéfini, en ce sens qu'il ne connaît pas de limite dans le cadre de cette institution, mais concerne au contraire toutes les situations possibles* ». Rapp. également C. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 509, 2009, n° 3, pp. 5-6 : « *Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la notion a un caractère relatif et que ce qui est commun au regard d'un secteur donné ne le sera pas au regard d'un autre. C'est cette relativité qui contribue à en obscurcir la définition, car la notion de droit commun n'a de sens que par rapport au référentiel choisi, qu'il s'agisse d'un territoire, d'une matière ou plus modestement d'un contrat déterminé [...] Le droit commun qui nous retient [...] peut être sommairement défini comme l'ensemble des règles ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats* ».

² N. Balat, th. précitée, n° 82 et s., p. 54 et s.

³ M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. Jobard-Bachellier et V. Brémond, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 456, 2006, n° 795 et s., p. 443 et s.

⁴ Ph. Théry, « Variations sur le droit de poursuite du créancier », in *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 476.

⁵ V. *infra*, n° 885 et s.

491. Il faut toutefois prendre garde à une spécificité du droit des sûretés : son droit commun se divise en deux branches d'égale importance¹. Les règles varient en effet selon que le débiteur se trouve *in bonis* ou qu'il soit soumis à une procédure de traitement collectif du passif du Code de commerce ou du Code de la consommation. D'aucuns pourraient se saisir de l'article 2287 du Code civil afin d'affirmer qu'il existe un droit spécial des sûretés dans les procédures collectives. Mais il ne s'agit pas là d'une objection rédhitoire : notre tâche est de découvrir l'ensemble des règles applicables aux sûretés réelles à défaut de texte contraire. Il ne s'agit pas de comparer les règles du Livre VI du Code commerce à celles du Code civil, mais d'examiner précisément la manière dont toutes les sûretés sont soumises aux contraintes du droit des entreprises en difficulté. Il est ainsi capital de déterminer s'il existe d'ores et déjà un traitement commun de toutes les sûretés réelles par le droit des procédures collectives. S'il n'en existe pas alors que l'on parvient à identifier un droit commun des sûretés réelles lorsque le débiteur se trouve *in bonis*, alors, l'incohérence du droit positif sera révélée et pourra être combattue.

492. Droit commun et débiteur *in bonis*. La mise en place d'un droit commun des sûretés réelles lorsque le débiteur peut faire face à ses obligations consiste peu ou prou à faire œuvre de synthèse². Les règles communes existent déjà en germe au sein des différents régimes spéciaux, et il suffirait de les recueillir en tête du Livre IV du Code civil afin de donner de la consistance à l'idée qu'une obligation réelle de garantie, distincte de l'obligation personnelle, existe d'ores et déjà, avec toutes ses spécificités, en droit positif. Mais la synthèse ne sera pas purement descriptive : elle sera surtout explicative, se référant sans cesse au concept unitaire de sûreté réelle afin de démontrer pour quelle(s) raison(s) les règles applicables à toutes les sûretés préférentielles sont parfaitement compatibles avec les fiducies-sûretés. Sur ce point, les sûretés exclusives ne présentent donc aucun avantage par rapport aux sûretés préférentielles. Il faudra aussi se demander dans quelle mesure les droits de propriété réservée peuvent être soumis à ce droit commun en raison de leur proximité avec les sûretés réelles (**Chapitre 1**).

¹ Il est en effet délicat de déterminer à quel corps de règles attribuer le qualificatif de droit commun, v. Ph. Roussel-Galle, « L'attraction du droit spécial : l'exemple du droit des sûretés et des procédures collectives », *JCP E* 2018. 1332.

² F. Zenati, « Avant-propos », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 8 : « Au vrai, l'unité des sûretés réelles par leur intégration dans un droit commun que d'autres appellent de leurs vœux n'est pas à construire, elle existe déjà, bien qu'on ne la voie pas ». Par ailleurs, sur la nécessité de ne pas se focaliser uniquement sur le droit des procédures collectives lorsque l'on étudie le régime des sûretés réelles, v. M. Julienne, « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *RPC* juill.-août 2018, dossier 16, n° 2.

493. Droit commun et procédures collectives. A l'inverse, édifier le droit commun des sûretés réelles au sein des procédures collective, c'est faire œuvre créatrice. Si les règles instituant une discipline collective des créanciers dans l'accès au gage commun s'appliquent parfaitement aux sûretés préférentielles, le traitement de tous les droits exclusifs est bien différent, leurs titulaires s'extrayant souvent des contraintes imposées aux créanciers « préférentiels » afin de réaliser leurs droits sans heurts. Les règles au domaine indéfini ne régissent que les sûretés préférentielles, des dispositions spéciales étant systématiquement insérées relativement aux fiducies, droits de rétention, clauses de réserve de propriété et crédits-bails dans le but de faire barrage à l'application de ces règles générales. La preuve de l'incohérence du droit positif est alors rapportée, les sûretés exclusives telles que les fiducies et le droit de rétention fictif répondant au concept unitaire de sûreté réelle et obéissant au même régime hors du droit des procédures collectives. C'est donc que l'exclusivité a comme unique but l'éviction de la discipline collective en présence d'un débiteur incapable de faire face à ses dettes.

494. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a cependant quelque peu rebattu les cartes, en soumettant partiellement la fiducie du Code civil et le droit de rétention fictif aux contraintes de la procédure collective. Ces efforts doivent être prolongés : il faut mettre en lumière les différences de traitement entre préférence et exclusivité méthodiquement, à chaque stade de la procédure, afin d'être en mesure de les réduire dans le but d'établir un droit commun traitant de la même manière tous les titulaires de sûretés réelles. Les dernières évolutions ayant affecté le Livre VI du Code de commerce invitent ainsi à une approche réaliste et unitaire du concept de sûreté réelle, bien loin des distinctions imposées artificiellement par une déférence aveugle à la seule technique. C'est de cette prise de conscience que peut naître la réhabilitation du droit de préférence (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La synthèse du droit commun hors procédures collectives

495. Inexistence actuelle d'un droit commun des sûretés réelles. De prime abord, l'affirmation de l'existence potentielle d'un droit commun des sûretés réelles a de quoi laisser sceptique. L'augmentation constante du nombre de sûretés¹ confronte davantage l'œil de l'observateur à un paysage balkanisé² qu'à un jardin à la française. M. Balat, dans sa thèse de doctorat consacrée à la notion de droit commun, constate justement son inexistence au sein de la matière qui concentre toute notre attention³. Il n'est pas possible de lui donner tort : les « dispositions générales » du droit des sûretés réelles, contenues aux articles 2323 à 2328 du Code civil, n'ont rien d'un droit commun. Il ne s'agit que de l'énumération – incomplète – des causes légitimes de préférence, de définitions et de règles applicables aux privilèges. La démarche poursuivie, conformément aux objectifs recherchés par l'édification d'une théorie générale⁴, sera donc nécessairement prospective. Il s'agira de puiser dans le « *fonds commun* » de règles applicables aux différentes sûretés spéciales pour en induire des principes qu'il faudra éprouver afin de déterminer s'ils sont en mesure d'accéder au rang de règles du droit commun des sûretés réelles⁵. L'entreprise est ardue, mais pas irréaliste : il a déjà été démontré que, malgré la diversité des sûretés réelles, un concept unique peut être révélé⁶. Par ailleurs, de

¹ Ce mouvement n'est pas près de connaître son terme : en effet, l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose la consécration de deux nouvelles sûretés sur actifs financiers, le nantissement de monnaie scripturale (art. 2366-1 et s.) et la cession de créance de droit commun à titre de garantie (art. 2373 et s.) Par ailleurs, la loi du 22 mai 2019 (dite « loi PACTE ») a déjà permis, par son art. 80, l'insertion dans le Code de commerce d'un nouveau gage de marchandises représentées par un reçu d'entreposage, sur lequel v. M. Julienne, « Encore un nouveau gage ?! La loi PACTE et la financiarisation des sûretés », *RDA* n° 19, déc. 2019, p. 144 et s.

² D. Legeais, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, spé. p. 373 et s.

³ N. Balat, *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 571, 2016, n° 541 et s., p. 343 et s., qui constate son « *inexistence totale* », mais qui incite tout de même à « *persévérer* » dans la voie d'une clarification du droit des sûretés (n° 597, p. 372 et s.)

⁴ V. *supra*, n° 30 et s.

⁵ N. Balat, th. précitée, n° 47, p. 33 et s. : « *la doctrine qui propose un [...] « droit commun des sûretés », se place hors du droit positif : elle ne rendrait pas compte de l'existence de règles de droit commun – ces règles n'existent pas, ou n'existent qu'en germe – mais, dans une démarche prescriptive, en proposerait la création. De la même manière que l'œuvre de Magritte n'est pas une pipe, mais un tableau représentant une pipe, ces propositions doctrinales de droit commun ne constituent pas du droit commun : n'étant pas du droit positif, mais de simples propositions de droit positif, elles sont un simple fonds commun* » ; C. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 509, 2009, n° 279, p. 350 : « *Un fonds commun est [...] un vivier de règles générales proposées au juge sans s'imposer à lui, dans lequel il peut puiser à sa convenance. C'est un recueil de solutions non-impérieuses, un modèle d'inspiration que le juge est libre de suivre s'il l'estime opportun quitte à en adapter la substance aux intérêts en cause, mais qu'il peut tout aussi librement refouler pour lui préférer une solution propre à la discipline concernée* ».

⁶ V. *supra*, n° 38 et s.

nombreuses voix se sont élevées pour réclamer l'élaboration d'un tel droit commun¹, les manuels de droit des sûretés en proposant bien souvent une ébauche². Le sous-titre premier du Titre Deuxième du Livre IV du Code civil constitue le réceptacle évident de ces règles.

496. La convergence des régimes³. Si les appels à l'établissement d'un droit commun se font plus pressants, c'est que l'ordonnance du 23 mars 2006 a grandement contribué au rapprochement des différentes sûretés réelles⁴. Avant cette date, la *summa divisio* organisée autour du mode de constitution de la sûreté, qui opposait les « nantissements » – avec dépossession – à l'hypothèque – sans dépossession – empêchait de penser le droit des sûretés réelles de manière unitaire, bien que de nombreux gages spéciaux sans dépossession aient essaimé afin de répondre aux besoins des professionnels⁵. La grande réforme du début du XXI^e siècle a mis fin à cette opposition en créant, au sein du Code civil, un gage de droit commun sans dépossession, constitué par la simple rédaction d'un écrit et rendu opposable aux tiers par une formalité d'inscription. Le gage se rapproche ainsi largement de l'hypothèque⁶. La distinction des sûretés avec et sans dépossession a vécu⁷, et aucune des autres *summa divisio* mises en place en 2006 n'a pris le relais : la distinction des sûretés sur meubles corporels et

¹ V., les actes du colloques « Les sûretés réelles en quête de droit commun » publiés à la *RDBF* de sept. 2014, et not. C. Juillet, « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport introductif », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 33, ainsi que L. Aynès, « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport de synthèse », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 43. V. également N. Borga, « Propos introductifs – Du bien-fondé d'une réforme des sûretés ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, n° 23 et s., p. 15 et s., not. n° 24, p. 16 : « il faut insister sur le risque couru par le droit des sûretés si une réflexion d'envergure n'est pas entamée. Ce risque, c'est celui de connaître une évolution comparable à celle du droit des sociétés : un droit se résumant pour beaucoup à une juxtaposition de statuts spéciaux et dont le droit commun se réduit peu à peu à quelques grands principes qui gagnent en portée symbolique ce qu'ils perdent en vitalité » ; O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD Civ.* 2013. 255

² Outre l'ouvrage fondamental de MM. Mestre, Putman et Billiau intitulé *Droit commun des sûretés réelles*, qui date d'avant la réforme du 23 mars 2006, on peut not. citer M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 607 et s., p. 451 (qui étudient le « régime primaire » des sûretés réelles) ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 383 et s., p. 315 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 363 et s., p. 366 et s. (estimant qu'« il n'est sans doute pas impossible de proposer une théorie générale des sûretés réelles ») et, enfin, Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 117 bis, p. 181 et s. (présentant quelques « éléments d'une théorie générale des sûretés réelles »).

³ Sur ce mouvement, qui a débuté avant la réforme du 23 mars 2006, v. P. Crocq, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 317 et s.

⁴ M. Dols-Magneville, *La réalisation des sûretés réelles*, th. Toulouse I, 2013, n° 13, p. 22 : « depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, nous assistons à une progression discrète mais sûre du droit commun des sûretés réelles » ; C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, n° 27-28, p. 257 : « en poursuivant les évolutions qui se dessinaient auparavant, la réforme a obscurci la distinction entre les différentes sûretés réelles [...] La situation actuelle du droit des sûretés réelles laisse à penser que le droit positif contient d'ores et déjà des éléments appelant une nouvelle évolution : le nantissement apparaît comme un gage, le gage apparaît comme une hypothèque, toutes les sûretés se solennisent, les attributs de la dépossession contaminent les sûretés sans dépossession, etc. Bref, on assiste à un rapprochement général de toutes les sûretés traditionnelles ».

⁵ Sur cette évolution, v. *infra*, n° 864 et s.

⁶ On verra par la suite s'il faut aller jusqu'à parler d'une véritable hypothèque mobilière, v. *infra*, n° 818 et s.

⁷ Elle conserve toutefois une importance considérable dans le droit des procédures collectives, v. *infra*, n° 691 et s.

incorporels est pour le moins friable, le droit commun du nantissement étant en réalité le droit commun du gage¹ ; la distinction des sûretés sur meubles et sur immeubles n'a plus la portée qui était autrefois la sienne² ; enfin, la distinction des sûretés préférentielles et exclusives doit être largement relativisée³. L'époque des grandes *summa divisio* structurant l'ensemble du droit des sûretés a pris fin et le temps est venu pour un changement de paradigme. Il faut désormais se focaliser sur ce qui unit ces différents mécanismes plutôt que sur ce qui les sépare : avec Cornu, formulons l'hypothèse « *qu'il n'existe aucune différence de nature entre les différentes sûretés réelles ; que leur différence d'organisation n'affecte en rien leur essence commune, mais les place avec des perfectionnements techniques variés, sur une ligne hypothétique d'adaptation continue* »⁴.

497. Le fait que toutes les sûretés réelles tendent à se rapprocher de l'hypothèque ne saurait surprendre : n'est-elle pas la sûreté la plus perfectionnée qui soit, elle qui ne repose ni sur un transfert de propriété, ni sur la dépossession du constituant ? De manière inconsciente, il arrive précisément au législateur de considérer le régime hypothécaire comme le droit commun des sûretés. En effet, la règle selon laquelle la résiliation de la sûreté consentie pour une durée indéterminée en garantie de dettes futures ne met fin à la garantie que pour l'avenir ne se trouve que dans l'article 2423, alinéa 3 du Code civil. Pourquoi ne pas avoir édicté expressément la même règle en matière de gage, de nantissement, ou de fiducie-sûreté, si ce n'est parce que le législateur considérerait que la règle applicable à l'hypothèque devait naturellement être étendue aux autres sûretés réelles ? La réflexion vaut également à propos de l'hypothèque sur bien indivis⁵, dont le régime est précisé à l'article 2414 du même Code. Il n'est toutefois pas possible de poser un principe qui voudrait que le droit hypothécaire serve systématiquement à pallier les insuffisances constatées dans le régime des autres sûretés⁶. La matière immobilière a ses

¹ Art. 2355, al. 5 C. civ. Sur les problèmes posés par ce renvoi, v. *infra*, n° 808 et s.

² V. M. Bourassin, « Sûretés mobilières et sûretés immobilières, une véritable *summa divisio* ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 34, spé. n° 29, qui relève un grand nombre de règles communes aux deux catégories de sûretés.

³ V. *supra*, n° 41 et s., ainsi que P. Crocq, « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles – Constitution de la sûreté », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 25.

⁴ G. Cornu, « La loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 476.

⁵ Sur laquelle, v. L. Guilmois et E. Figeroux, « Hypothèque et indivision », *Gaz. Pal.* 7 juin 2003, p. 8 et s.

⁶ Ce n'est d'ailleurs pas une mauvaise chose, tant certaines solutions nées en droit hypothécaire seraient néfastes si elles étaient étendues à l'ensemble du droit des sûretés. On en veut pour exemple l'arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 23 février 2012 (*Bull. civ.* I, n° 39 [n° 09-13113]), affirmant que « *les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du code civil* ».

particularités qui rendent parfois impossible tout raisonnement par analogie. Il n'est qu'à songer à l'exigence d'un écrit constitutif : pour des raisons de publicité et de sécurité des transactions, les sûretés immobilières sont nécessairement consenties par acte authentique alors que les sûretés mobilières peuvent être conclues par un acte sous signature privée. Il n'est jamais possible de faire abstraction de la nature de l'assiette de la sûreté.

498. Mais ce serait une erreur que de croire que seule l'hypothèque exerce son empire sur le régime des autres sûretés. En effet, l'ordonnance du 23 mars 2006 a généralisé la faculté d'attribution judiciaire du bien grevé à la quasi-intégralité des bénéficiaires de sûretés réelles, alors qu'elle n'appartenait auparavant qu'au gagiste¹. De même, l'article 2358 du Code civil permet de nantir une fraction de créance, sauf si elle est indivisible, ou de constituer une telle sûreté pour un temps limité : pourquoi ne pas avoir expressément indiqué que ces possibilités sont ouvertes à toutes les parties désireuses de constituer une sûreté conventionnelle² ? On peut certainement gager une partie d'un stock ou hypothéquer une portion d'un immeuble, si elle est identifiée au cadastre. Dès lors, notre tâche consistera à explorer le régime des différentes sûretés réelles afin d'observer l'existence de constantes et donc d'un fonds commun de règles

Cette solution est inconciliable avec la position de la Chambre commerciale, qui a reconnu la possibilité de nantir des valeurs mobilières temporairement indisponibles (Com., 30 septembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 165 [n° 07-12768] : « l'indisponibilité d'une valeur mobilière, quand elle est simplement temporaire, ne fait pas obstacle à son affectation en nantissement »), dont les commentateurs ont estimé qu'elle devait s'étendre à l'ensemble des sûretés réelles (v. not. P. Crocq, *RTD Civ.* 2008. 706 et A. Reygrobellet, *Revue des sociétés* 2009. 131). Il faut les approuver, tant la décision rendue en 2012 paraît excessive. Les clauses d'inaliénabilité et d'indisponibilité interdisent au propriétaire de céder son bien. Pour autant, si l'affectation d'un bien en garantie du paiement d'une dette nécessite la capacité de disposer, c'est parce qu'elle a pour effet d'amputer le propriétaire d'une partie de son pouvoir de disposer, non parce qu'elle s'analyse comme un acte de disposition du bien grevé (v. *supra*, n° 280 et s.). Si le bien ne quitte pas le patrimoine du propriétaire et que la constitution d'une sûreté ne relève pas de la catégorie des actes de disposition, les biens temporairement inaliénables ou indisponibles devraient pouvoir constituer l'assiette de sûretés réelles pleinement valables. Il n'en demeure pas moins que, comme l'a fait la Cour de cassation en 2008, il faut distinguer les restrictions temporaires du pouvoir de disposer des restrictions définitives. Cette distinction explique qu'une sûreté réelle ne doit pouvoir porter sur un bien définitivement inaliénable – ce bien ne pouvant jamais être saisi malgré la défaillance du débiteur – et qu'une sûreté réelle ayant pour assiette un bien temporairement inaliénable ne puisse être réalisée qu'au jour de la disparition de la restriction des pouvoirs, afin de protéger le créancier d'inaliénabilité ou d'indisponibilité. Or, dans l'arrêt de 2012, l'inaliénabilité du terrain grevé n'avait été prévue que pour dix ans... Sur tous ces points, v. J.-J. Ansault, obs. sous Civ. 1^e, 23 février 2012, *RLDC* oct. 2012 ; V. Magnier, « Le nantissement d'actions indisponibles », *RTD Com.* 2002. 433, n° 24 : « l'action, bien qu'indisponible, reste dans le patrimoine de l'administrateur. Il n'était donc pas interdit de considérer que l'inaliénabilité n'avait pas de caractère absolu et que le contrat de gage, bien qu'inopposable à la société bénéficiaire, n'en était pas moins valable. Il suffisait donc que le débiteur-actionnaire ait été mis, par rapport à la société, dans l'impossibilité d'aliéner efficacement, ce qui avait pour seule conséquence de retarder les effets du gage » ; S. Milleville, *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008, n° 384 et s., p. 256 et s., défendant la validité de la constitution de l'hypothèque sur bien inaliénable, ainsi que n° 388 et s., p. 259 et s. pour l'impossibilité de la réaliser avant la levée de l'inaliénabilité.

¹ V. l'ancien art. 2078 C. civ.

² Dans le même sens, v. Ph. Théry, « Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir », *RDA* n° 19, déc. 2019, p. 121. Sur le traitement incomplet de la garantie de dettes futures par le Code civil, v. *supra*, n° 318 et s.

applicables à plusieurs garanties. Il faudra ensuite se demander s'il est pertinent de les consacrer comme règles de droit commun ou si certains particularismes empêchent leur extension¹.

499. L'opportunité de la consécration d'un régime commun. *A minima*, à l'image de ce que propose l'avant-projet de réforme porté par l'Association Henri Capitant, il est envisageable d'édicter uniquement un petit nombre de principes directeurs du droit des sûretés réelles. Outre la fixation de définitions et de classifications, ce texte envisage de consacrer le caractère accessoire des sûretés en général, leur neutralité économique, et de maintenir l'articulation actuelle du droit des sûretés et du droit des procédures collectives dans l'esprit qui anime l'actuel article 2287 du Code civil². Mais il s'agit également d'affirmer, spécifiquement pour les sûretés réelles, la liberté du choix de leur mode de réalisation et de son ordre en cas de pluralité de sûretés, l'absence d'indisponibilité de principe de leur assiette ainsi que leur indivisibilité³. Cette innovation doit être saluée dans la mesure où elle contribuerait à révéler davantage l'essence commune des sûretés réelles. Ces principes disposent assurément d'une forte valeur symbolique⁴, au travers de l'équilibre mis en place entre les prérogatives du créancier et la liberté du constituant, ce qui définit l'esprit du droit des sûretés réelles du XXI^e siècle⁵. A l'instar des principes directeurs du procès civil, ils fixeraient les grandes orientations de la matière, permettant ainsi aux juges de faire face aux lacunes du régime d'une sûreté spéciale⁶.

¹ Les présents développements se concentrent sur l'existence en germe d'un droit commun des sûretés réelles. Sur la question du particularisme de certaines règles et donc, par voie de conséquence, de la nécessité du maintien ou non de certaines sûretés spéciales, v. *infra*, n° 779 et s.

² V. les art. 2286 et s. de l'avant-projet.

³ V. les art. 2323 et s. de l'avant-projet.

⁴ Comp., en matière de procédure civile, G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 84 : « *En tête du Code, les principes sont au premier rang des dispositions liminaires par lesquelles s'ouvrent les dispositions communes à toutes les juridictions. Cette inscription d'honneur au fronton du Code les désigne comme un cœur de règles primordiales à proclamer dès le seuil : elles recèlent la quintessence du procès civil* ».

⁵ Sur l'importance de l'équilibre entre les intérêts du constituant, du créancier et des tiers, v. P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. ent.*, 1989/5, p. 5 ; R. Dammann, in R. Dammann, Ph. Dubois, M. Dubertret, Y. Lelièvre et M. Sénéchal, « Table ronde : atouts et freins à l'essor de la fiducie-sûreté », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 50 et s. ; Ph. Delebecque, « Avant-propos », in *L'actualité du droit des sûretés*, LPA 17 juin 1998, p. 4 et s. : « *Il vaut mieux remettre le droit des sûretés dans sa perspective traditionnelle qui est d'assurer l'équilibre des intérêts des créanciers et ceux des débiteurs* » ; Ph. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », LPA 16 avril 2010, p. 7 et s. ; O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, préf. E. Putman, PUAM, 2000, n° 110.

⁶ Comp. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Editions du Seuil, 1994, p. 131 : « *il est de plus en plus fréquent que le législateur même utilise certains principes comme façon de prescrire. Façon d'associer au processus de prédétermination [aux conditions d'émission de la norme] ces principes devenus « directeurs », en ce qu'ils dirigent l'interprète en lui indiquant la voie à suivre* ». Sur l'utilité des principes directeurs dans l'optique de renforcer la prévisibilité des règles de droit, v. G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », art. précité, p. 85 ; H. Motulsky,

500. Toutefois, le droit commun est autre chose que la détermination d'un cap : il ne nous semble pas que la clarification du droit des sûretés passe par la mise à la disposition du juge d'une « boîte à outils », de laquelle il pourrait ponctuellement tirer la solution d'un litige, mais par la consécration d'un corps de règles régissant la majorité des situations habituelles en matière de sûretés conventionnelles. Le juge n'aurait pas pour rôle de trancher le litige en se laissant guider par l'esprit de ces dispositions, il devrait les appliquer sauf convention contraire conclue par les parties, lorsque cette possibilité leur est ouverte¹.

501. Par ailleurs, le caractère hétéroclite des dispositions précitées de l'avant-projet doit être relevé : si les principes de l'accessoire et de la liberté de réalisation de la sûreté réelle sont véritablement « directeurs » en ce sens qu'ils sont de nature à guider l'interprète des dispositions spéciales du droit des sûretés, la consécration du principe d'indivisibilité de la sûreté réelle n'est rien autre qu'un embryon de droit commun. Or, il nous semble que le projet n'est pas très ambitieux quant à l'ampleur de l'unification des sûretés réelles. Bien d'autres règles pourraient être élevées à la dignité de dispositions de droit commun, et ce à tous les stades de la vie de la sûreté réelle. On pourrait songer notamment au principe selon lequel elle ne peut être constituée que par écrit ou au principe de spécialité, qui ne sont cités à ce stade de l'étude qu'à titre de rappel². En procédant à une telle construction, il serait envisageable de supprimer tous les doublons législatifs : pourquoi répéter la même règle, parfois à la virgule près, dans le régime des différentes sûretés, lorsqu'il est possible d'édicter un texte général applicable à l'ensemble des sûretés ? Les régimes spéciaux n'ont alors d'intérêt que s'ils dérogent à la règle générale. Le droit commun constituerait ainsi un formidable outil d'économie de moyens législatifs³. Par ailleurs, la découverte de ce droit commun permettrait également de poursuivre la démonstration de l'identité de nature entre sûretés préférentielles et fiducie, qui se prolonge sur l'étude de l'identité de leur régime – du moins hors du droit des procédures collectives⁴...

« Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972. chron. XVII, p. 91 et s., spé. n° 8.

¹ V. toutefois, comparant les principes directeurs du procès civil à un véritable droit commun, L. Cadiet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux – Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71 et s.

² V. *supra*, n° 294 et s.

³ V., déjà, C. Goldie-Génicon, th. précitée, n° 288 et s., p. 366 et s. Rapp., spécifiquement en matière de sûretés, F. Macorig-Venier, « La modernisation du droit des sûretés – Les propositions de la Commission Grimaldi », in G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, coll. colloques et débats, 2007, spé p. 50 et s.

⁴ Sur les différences de traitement, parfois troublantes, entre sûretés préférentielles et « sûretés-proprétés » dans le cadre du droit des procédures collectives, v. *infra*, n° 643 et s.

502. L'existence d'un droit commun au Québec. A ce titre, l'exemple québécois est édifiant. Les travaux de réforme du Code civil du Québec ont mis en évidence la nécessité de contenir les conséquences de l'imagination sans limites des praticiens, aptes à inventer de nouvelles formes de mécanismes afin de contourner l'application des règles du droit des sûretés qu'ils jugent trop lourdes ou dont la mise en œuvre est trop coûteuse. Étaient tout particulièrement visées l'obligation de publier sa sûreté ainsi que la possibilité d'obtenir le paiement par d'autres voies que les modes classiques de réalisation des garanties. C'est alors que l'ORCC a proposé d'instituer une « présomption d'hypothèque », c'est-à-dire de considérer que toute garantie du paiement d'une obligation ayant pour assiette un ou plusieurs biens constitue une hypothèque, peu important la technique employée ou le vocabulaire utilisé par les parties. La critique la plus sévère apportée à ce mécanisme résidait dans la méconnaissance de la volonté des parties : si elles ont entendu conclure une vente avec clause de réserve de propriété, comment admettre que le Code civil en fasse une vente ferme, suivie d'une constitution d'hypothèque au profit du vendeur¹ ? Une initiative doctrinale a également poussé pour l'instauration d'un principe de « l'essence de l'opération », prenant appui sur le but des mécanismes envisagés, garantir le paiement d'une obligation par l'octroi d'un droit sur un ou plusieurs biens, pour soumettre toutes les garanties réelles aux obligations de publicité sous peine d'inopposabilité et d'utilisation des recours hypothécaires comme modes exclusifs de réalisation².

503. Aucun des deux systèmes n'a finalement trouvé grâce aux yeux du législateur québécois, qui a procédé à une unification partielle du droit des sûretés. Toutes les sûretés préférentielles ont été subsumées sous la qualification d'hypothèque, tandis que la « vente à tempérament », appellation québécoise de la vente avec réserve de propriété, et la fiducie sont considérées comme des sûretés à part, et que le crédit-bail n'est même pas considéré comme appartenant à cette dernière catégorie³. Il faut toutefois dépasser les apparences pour constater

¹ Sur les critiques apportées au mécanisme, v., de manière générale, R. A. Macdonald, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération législative des sûretés, la « présomption d'hypothèque » et le principe de « l'essence de l'opération » », in *Mélanges Germain Brière*, Wilson & Lafleur, coll. Bleue, 1993, n° 14 et s., p. 551 et s. ; L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 5^e éd., 2015, n° 161, p. 80 et s.

² Sur cette idée, v. R. A. Macdonald, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? », art. précité, n° 20 et s., p. 562 et s. Il est à noter que cet auteur était incertain quant à la place que la réserve de propriété devrait occuper dans son système, décrivant un mécanisme un peu hybride dans lequel le vendeur resterait plein propriétaire du bien jusqu'à la défaillance du débiteur, moment auquel il se muerait en créancier hypothécaire (v. n° 25, p. 570 et s.)

³ V. les art. 1842 et s. C. c. Q. qui le qualifient de « contrat ».

que la fiducie-sûreté obéit quasiment au même régime que les autres sûretés, alors que la vente avec réserve de propriété y échappe largement¹.

504. Les règles relatives à la publicité de ces deux garanties sont ainsi totalement différentes : l'opposabilité de la fiducie-sûreté québécoise est systématiquement subordonnée à l'accomplissement d'une formalité de publicité², alors que la vente à tempérament est opposable de plein droit, sauf exceptions limitativement énumérées par la loi³. Même dans cette deuxième hypothèse, la publication de la clause n'est pas une condition de l'exercice de l'action en revendication entre les mains de l'acheteur immédiat, ce qui est parfaitement cohérent avec la nature du mécanisme : le vendeur ayant conservé la propriété du bien vendu, sa revendication ne lèse pas, par principe, les intérêts des autres créanciers de l'acquéreur, le bien n'ayant jamais intégré l'assiette de leur droit de gage général. Il n'en va autrement que lorsque l'acquéreur a revendu le bien, qu'un tiers ait acquis un droit dessus, ou encore qu'une procédure collective ait été ouverte à son encontre. Toutefois, avant la modification de la loi québécoise sur les faillites et l'insolvabilité, qui a octroyé davantage de pouvoirs au syndic, la jurisprudence reconnaissait au vendeur n'ayant pas publié sa garantie la possibilité de revendiquer le bien réservé malgré l'ouverture de la faillite⁴, ce qui est sans doute excessif⁵.

¹ Comp. E. Charpentier, « Regards sur le droit québécois des sûretés », *RDBF* janv. 2016, dossier 6, n° 20 : « bien que présenté comme un régime fondé sur une sûreté unique – l'hypothèque –, les règles applicables aux autres sûretés réelles montrent bien qu'il ne s'agit pas d'un régime conçu pour s'appliquer de la même manière aux différents créanciers. Les résultats que produisent les régimes juridiques applicables aux divers mécanismes utilisés pour garantir l'exécution des obligations dans le Code civil du Québec n'ont rien de commun ».

² Art. 1263 C. c. Q.

³ Art. 1745, al. 2 C. c. Q. : « La réserve de propriété d'un véhicule routier ou d'un autre bien meuble déterminés par règlement, de même que celle de tout bien meuble acquis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, n'est opposable aux tiers que si elle est publiée ; cette opposabilité est acquise à compter de la vente si la réserve est publiée dans les 15 jours. La cession d'une telle réserve n'est également opposable aux tiers que si elle est publiée ».

⁴ Deux arrêts, rendus le 28 octobre 2004 par la Cour suprême du Canada, insistaient particulièrement sur l'obligation faite aux juges de distinguer entre la garantie des créances par une sûreté réelle et la conservation d'un droit de propriété, v., respectivement à propos d'un vendeur réservataire et d'un bailleur, « *Ouellet (Syndic de)* », [2004] 3 RCS 348, spé. n° 9 et s., ainsi que « *Lefèbvre (Syndic de) et Tremblay (Syndic de)* », [2004] 3 RCS 326, spé. n° 26 et s. C'est dire la pertinence de la comparaison entre un bailleur et un vendeur réservataire, v. *supra*, n° 118. En outre, le §13 de la décision *Ouellet* mérite d'être reproduit : « il faut se garder d'assimiler la réserve à une simple sûreté. Comme on l'a rappelé précédemment, les dispositions du Code civil du Québec définissent la réserve comme un droit de propriété à l'art. 1745 C.c.Q. L'article 1749 C.c.Q. reconnaît le droit de reprendre le bien entre les mains de l'acheteur immédiat. La relation juridique entre ce dernier et le vendeur s'analyse alors toujours comme un rapport de propriété au sens juridique et non comme un rapport de garantie, en dépit de la fonction économique de cette forme de contrat dans le commerce des véhicules automobiles ».

⁵ Sur la nécessité de modifier le régime de la réserve de propriété en faveur d'une soumission accrue aux exigences de la procédure collective, v. *infra*, n° 662 et s., ainsi que n° 760 et s.

505. La différence entre les deux institutions est encore plus flagrante en ce qui concerne leurs modes de réalisation : là où la fiducie-sûreté se dénoue par la mise en œuvre d'un des quatre recours offerts à tout titulaire d'hypothèque, sous réserves de quelques adaptations¹, le vendeur réservataire bénéficie d'une option entre le paiement immédiat des versements échus, le paiement du solde du prix en cas de déchéance du terme ou la reprise du bien vendu, alors que l'incertitude plane sur le point de savoir s'il peut mettre en œuvre les recours hypothécaires². La reprise du bien se fait en partie suivant les règles du droit commun, par la notification d'un préavis, et ne peut permettre l'enrichissement du vendeur, mais il ne s'agit pas pour autant de la « prise en paiement » qui correspond à nos modes d'attribution de la propriété au créancier³. C'est dire que la réserve de propriété peut se voir appliquer certaines règles du droit commun des sûretés, sans pour autant y être intégralement soumise en raison de sa nature éminemment particulière.

506. Plan. Cette distinction fondamentale étant rappelée, et au vu du constat de l'insuffisance du droit positif, il faut désormais se livrer à une réflexion générale au sujet du droit commun des sûretés réelles. Outre la clarification du régime applicable à ces sûretés, qui devrait se manifester formellement par un Sous-Titre premier intitulé « Droit commun des sûretés réelles » au sein du Titre II du Livre IV du Code civil, l'édiction d'un tel ensemble de règles devrait être de nature à apporter des arguments en faveur de la lutte contre la chimère que constitue la sûreté unique⁴. En effet, la réunion de toutes les règles communes aux sûretés réelles permettra de mesurer très précisément l'intérêt du maintien des sûretés spéciales, dont le foisonnement est aujourd'hui au cœur des raisonnements des partisans de l'unification. La réflexion sur le droit commun des sûretés réelles constitue donc un préalable nécessaire à une étude du droit spécial à certaines sûretés. En examinant le droit positif, l'on se rend compte qu'il est possible de militer en faveur de l'établissement d'un tel droit commun, en le segmentant entre les règles applicables à la constitution de la sûreté (**Section 1**), les règles

¹ L. Payette, *op. cit.*, n° 2149 et s., p. 1144 et s.

² *Ibid.*, n° 2267 et s., p. 1209 et s.

³ *Ibid.*, n° 2262 et s., p. 1206 et s.

⁴ N. Borge, « Propos introductifs – Du bien-fondé d'une réforme des sûretés ? », n° 23, p. 16.

applicables à la période conservatoire (**Section 2**) et, enfin, les règles applicables à la réalisation de la sûreté (**Section 3**)^{1/2}.

Section 1 : La phase de constitution de la sûreté

507. Plan. La constitution de la sûreté réelle est une phase propice à l'élaboration d'un droit commun. Précédemment, il a déjà été mis en lumière que la grande majorité des sûretés conventionnelles sont des contrats solennels comportant un certain nombre de mentions obligatoires manifestant le respect du principe de spécialité qui demeure, quoique considérablement affaibli après la réforme du 23 mars 2006. Mais il y a plus : il faut encore analyser l'équilibre réalisé aujourd'hui par les règles de constitution entre les intérêts du bénéficiaire de la sûreté et de son constituant. Il apparaît satisfaisant, dans la mesure où une large place est laissée à la liberté du créancier, alors que des dispositions ponctuelles assurent la sécurité de son cocontractant (§1).

L'essentiel est toutefois ailleurs. Ce n'est pas la situation du constituant qui est la plus obérée par la naissance d'une sûreté réelle, mais celle des tiers particulièrement intéressés, qu'il s'agisse de ses autres créanciers contre lesquels est dirigé le droit de préférence, ou ses ayants cause, cibles potentielles du droit de suite. Il est alors capital de porter une attention toute particulière au comportement du créancier et de lui imposer deux obligations afin de ne pas léser de façon trop importante les intérêts de ces tiers. Il faut d'une part s'assurer que le bénéficiaire ne réclame pas la constitution d'une cause de préférence ignorée de la loi, d'autre part être intransigeant sur le respect des exigences imposées par les règles de publicité légale (§2).

¹ Rappr. M. Grimaldi et Ph. Dupichot, « Durée et sûretés », *RDC* janv. 2004, p. 95 et s., n° 2 : « dans la vie d'une sûreté, il est possible de distinguer trois temps : le temps, d'abord, où elle se constitue ; le temps, ensuite, où elle protège le créancier ; le temps, enfin, si le débiteur défaille, où elle se réalise ».

² En revanche, nulle mention ne sera faite de l'agent des sûretés dans sa nouvelle version issue de la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016. En effet, il ne s'agit pas d'une règle du droit commun des sûretés réelles, mais du droit commun des sûretés en général, son régime étant logé dans le Titre III du Livre IV du Code civil, transcendant ainsi la distinction des sûretés personnelles et réelles. Sur les problèmes posés en matière de sûretés réelles par cette innovation v. P. Crocq, « L'agent des sûretés et la dissociation des qualités de titulaire de la sûreté et de titulaire de la créance garantie », in *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 113 et s.

§1) L'équilibre des intérêts entre créancier et constituant

508. Plan. Contrairement à bien d'autres modèles étrangers qui ont opté pour une réduction drastique du nombre de sûretés existantes, le droit français, même après la réforme du 23 mars 2006, a continué à se prononcer en faveur de leur diversité. Cette considération, alliée au fait que la constitution de la sûreté ne nuit pas, en elle-même, à la situation patrimoniale du débiteur, devrait conduire à aménager une place considérable à la liberté contractuelle. C'est ainsi que la jurisprudence reconnaît depuis longtemps la licéité et la validité de la plupart des promesses de sûretés. Mais la saga jurisprudentielle de l'affaire du gage des stocks a jeté le trouble dans ces conceptions : bien que le législateur se soit finalement décidé à consacrer la possibilité pour les parties de constituer, comme elles le désirent, un gage du Code civil ou un gage suivant les dispositions du Code de commerce, il est nécessaire de s'interroger à nouveau sur la place de la liberté contractuelle dans le processus de constitution de la sûreté réelle (**A**).

Il faut toutefois éviter de raisonner en termes absolus. Les intérêts du constituant sont parfois lésés par la création d'une sûreté réelle, notamment parce qu'elle peut faciliter la saisie de biens indispensables à la vie personnelle du débiteur ou parce que sa réalisation peut mettre en danger l'existence même du constituant personne morale. Les entrepreneurs individuels et les sociétés bénéficient ainsi de règles spécifiques permettant d'éviter que la constitution d'une sûreté ne produise des conséquences trop sévères sur leur situation patrimoniale. Il s'ensuit qu'il faut se demander si l'on ne pourrait pas induire de ces cas particuliers une règle générale de proportionnalité de la sûreté réelle au jour de sa constitution afin de protéger, par le biais d'une seule règle, tous les constituants en position de faiblesse (**B**).

A) Le processus de constitution de la sûreté

509. Le principe : l'efficacité de la promesse de sûreté. En matière de sûretés réelles, il n'est pas rare que les parties ne soient pas frappées par le fameux « *coup de foudre* »¹ contractuel, mais organisent la naissance de leurs relations en recourant à un avant-contrat : la

¹ J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation des contrats », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

promesse de sûreté. Sous l'empire du droit des obligations antérieur à la réforme du 10 février 2016, l'on sait que la jurisprudence faisait peu de cas de la force obligatoire de cet avant-contrat dans le domaine du droit de la vente, la décision *Consorts Cruz* ayant clairement indiqué sa volonté de ne pas le traiter comme un véritable contrat, le promettant demeurant libre de se rétracter avant la levée de l'option par le bénéficiaire¹. Cette jurisprudence, unanimement critiquée, a été heureusement abandonnée en 2016, l'article 1124 du Code civil affirmant que le consentement du promettant à conclure le contrat définitif est acquis, et que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* »². La promesse de contrat possède donc désormais un régime qui reflète sa qualification véritable : elle oblige le promettant à conclure le contrat définitif si le bénéficiaire le veut. Il en va exactement de même, en principe, pour les promesses de sûretés réelles : il s'agit bien d'avant-contrats dont l'exécution forcée en nature peut être réclamée devant le juge s'il advenait que le promettant voulait revenir sur sa parole. Une condition doit toutefois être remplie : les sûretés réelles sont des contrats solennels soumis majoritairement à un formalisme assez léger, l'écrit constitutif devant précisément indiquer les biens grevés et la créance garantie. Il est impossible de se passer de ce formalisme protecteur du consentement du constituant³, ce qui signifie que l'exécution forcée de la promesse n'est possible que si ces mentions sont d'ores et déjà présentes, ce qui devrait être le cas dans l'écrasante majorité des hypothèses pratiques⁴. Le constituant ayant préalablement donné son consentement à la constitution de la sûreté, il ne reste au créancier bénéficiaire qu'à lever l'option.

510. Ce principe connaît toutefois une exception et un tempérament, lorsque la constitution de la sûreté exige davantage qu'un simple acte sous seing privé contenant les mentions indiquées. Le tempérament concerne le gage avec dépossession. Des arrêts anciens,

¹ Civ. 3^e, 15 décembre 1993, *Bull. civ.* III, n° 174, p. 115 (n° 91-10199) : « *tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ».

² Cette solution a été renforcée par un arrêt récent de la Cour de cassation, refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité visant l'art. 1124 C. civ. pour défaut de caractère sérieux, « *dès lors que, [...] dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne constitue pas une privation du droit de propriété* » (Civ. 3^e, 17 octobre 2019, n° 19-40028).

³ En ce sens, V. Brémond, « Hypothèque et promesse d'hypothèque : les liaisons dangereuses », *JCP N* 2003. 1369, n° 25.

⁴ On peut toutefois réserver la situation dans laquelle l'assiette de la sûreté est composée de biens futurs, qu'il faudra suffisamment identifier pour satisfaire aux exigences du principe de spécialité, v. *supra*, n° 299 et s.

rendus sous l'empire de règles faisant de la dépossession une condition de validité du gage, réduisaient le « nantissement » de droit commun, en l'absence de dépossession, à une simple promesse de gage, constitutive d'une obligation de procéder à la dépossession, obligation de faire qui se résolvait en dommages-intérêts en cas d'inexécution¹. Aujourd'hui, il ne paraît pas impossible de forcer le constituant à remettre le bien à son créancier², mais les inconvénients de cette solution ont diminué : la dépossession ne concernant plus que l'opposabilité du gage, le créancier peut l'inscrire afin de devenir titulaire d'un gage sans dépossession pleinement opposable aux tiers, puis agir en responsabilité contre le constituant qui a manqué à sa parole.

511. L'exception : les faibles attraits de la promesse d'hypothèque. Reste la seule véritable exception à la vigueur des promesses de sûreté : la promesse d'hypothèque consentie sous seing privé, qualifiée de « *paradis des illusions* »³. La jurisprudence est en effet assez claire sur le fait que la promesse d'hypothèque ne vaut pas hypothèque. C'est ainsi que la constitution d'hypothèque en période suspecte sur le fondement d'une promesse antérieure est sujette à la nullité fulminée par l'article L. 632-1, 6° du Code de commerce⁴, ou encore que le créancier qui est également garanti par un cautionnement ne commet pas de faute entraînant la décharge partielle de la caution par le jeu de l'article 2314 du Code civil lorsqu'il ne constitue pas l'hypothèque qu'on lui a promise, « *dès lors que la constitution de la sûreté est au seul pouvoir du promettant* »⁵. Tout cela résulte de ce que la violation de la promesse d'hypothèque sous seing privé connaît sa propre sanction, qui ne peut consister en la constitution forcée de la sûreté : un acte authentique étant nécessaire à la validité de l'hypothèque⁶, le jugement ne peut

¹ Civ. 1^{er}, 6 janvier 1994, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 (n° 91-21646). V. également M.-N. Jobard-Bachellier, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD Civ.* 1985. 1, spé. n° 45, p. 37 : « *il apparaît incontestable que la promesse, contrat consensuel, ne donne naissance qu'à des obligations personnelles, qu'elle ne saurait donner naissance, par elle-même, au droit réel de gage* ».

² L'art. 1221 C. civ., qui affirme la primauté de l'exécution forcée en nature, indique en effet que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Si l'on admet qu'il existe bel et bien une obligation pour le constituant de remettre le bien à son créancier, il devrait être possible de le contraindre à le faire. L'intérêt du créancier à obtenir un gage avec dépossession plutôt qu'un gage sans dépossession est en effet considérable, ne serait-ce qu'en raison de la vigueur du droit de rétention matériel qu'il confère.

³ M. Dagot, « Promesse d'hypothèque, ou le paradis des illusions », *JCP N* 2007. 1065.

⁴ Com., 12 novembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 287, p. 249 (n° 95-14900) ; *RDI* 1999. 138, obs. Ph. Théry, lequel affirme que « *c'est assez dire que la promesse d'hypothèque ne fait naître aucun droit réel, mais uniquement une obligation personnelle, qui comporte ses propres sanctions. L'affectation hypothécaire est un acte solennel, seul à même de donner naissance à la sûreté : il n'y a pas de droit d'hypothèque en germe...* »

⁵ Civ. 1^{er}, 19 novembre 2009, *Bull. civ.* I, n° 228 (n° 08-19173).

⁶ Art. 2416 C. civ.

le remplacer¹, pas plus que le juge ne peut forcer le promettant à passer l'acte devant le notaire. Le bénéficiaire doit alors se contenter de l'octroi de dommages-intérêts, dus en raison de l'inexécution par le promettant de son obligation de faire². C'est la raison pour laquelle une grande partie de la doctrine considère que la promesse d'hypothèque est une mauvaise garantie, à réserver aux situations exceptionnelles³. Il faut approuver ces auteurs, ce raisonnement valant *a fortiori* en matière de promesse d'hypothèque de l'immeuble d'autrui : dans cette hypothèse, il faut non seulement satisfaire aux conditions posées par l'article 2420 du Code civil pour s'assurer de la validité de la promesse, mais encore la conclure sous forme authentique afin de pouvoir recourir à l'exécution forcée. Autant dire que ce type de promesse ne présente qu'un intérêt extrêmement limité...

512. Quoi qu'il en soit, toutes les sûretés dont le régime n'exige qu'un acte sous seing privé formaliste peuvent faire l'objet de promesses susceptibles d'exécution forcée, la réitération du consentement n'étant pas indispensable lorsque tous les éléments nécessaires à la validité de la sûreté se trouvent déjà dans la promesse, ce qui pourrait inspirer le législateur à rédiger une disposition générale indiquant que « *sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 2416 du présent Code, la promesse de sûreté réelle est susceptible d'exécution forcée* ». Faire apparaître cette règle permettrait de bien mettre en lumière le principe de liberté contractuelle au stade de la constitution de la sûreté, liberté qui devrait se manifester également quant au choix de la sûreté.

¹ Comp. toutefois, favorable à ce que le juge « *garantisse l'exécution de l'obligation par un jugement valant acte de constitution d'hypothèque* », O. Salati, th. précitée, n° 136, p. 208.

² V. not. Civ. 3^e, 7 avril 1993, *Bull. civ.* III, n° 55, p. 35 (n° 91-10032) : « *l'acte constitutif d'hypothèque ne peut être passé que devant un notaire et [...] en cas d'inexécution de la promesse d'hypothèque, le créancier ne peut obtenir que des dommages-intérêts* ».

³ En ce sens, V. Brémond, « Hypothèque et promesse d'hypothèque : les liaisons dangereuses », art. précité, n° 34 : « *La promesse d'affectation hypothécaire doit rester une technique marginale pour des situations exceptionnelles*". C'est le conseil qu'adressait un auteur aux professionnels de la banque il y a une dizaine d'années. Cette recommandation nous paraît devoir être réitérée et s'adresser à l'ensemble des praticiens du droit [...] Tant que le contrat d'hypothèque demeure un contrat solennel et que l'on s'accorde pour admettre que la solennité exigée a pour finalité de protéger le consentement du constituant, toute tentative conduisant à renforcer les liens "héréditaires" ou organiques entre l'hypothèque elle-même et la promesse d'hypothèque sous seing privé nous semble contestable. La promesse d'hypothèque sous seing privé ne vaut pas hypothèque, car elle ne peut valoir hypothèque. Aussi faire de l'une le diminutif de l'autre est à la fois trompeur et malsain » ; M. Dagot, « Promesse d'hypothèque, ou le paradis des illusions », art. précité, n° 50 : « *L'hypothèque, c'est pour le prêteur une garantie de remboursement. L'hypothèque, c'est pour l'emprunteur une garantie du droit au prêt et de son maintien pendant la durée prévue. La promesse d'hypothèque, c'est l'absence de garantie pour le prêteur ; la promesse d'hypothèque, c'est aussi l'absence de garantie du maintien du prêt pour l'emprunteur* » ; Ph. Simler et Ph. Delebecq, *op. cit.*, n° 407, p. 414.

513. Le problème de la liberté du choix de la sûreté. Il n'est pas question d'affirmer l'existence d'un droit discrétionnaire du créancier à choisir librement sa sûreté parmi l'arsenal des garanties mises à disposition par le législateur. Chacun sait que ce dernier peut interdire le recours à des sûretés qu'il estime particulièrement dangereuses pour certains constituants, comme en témoigne l'existence de sûretés à usage exclusivement professionnel¹, telles la cession Dailly ou l'hypothèque rechargeable². En revanche, reste ouverte la question de savoir si, lorsque les parties remplissent toutes les conditions fixées par un texte spécial, elles demeurent libres d'exercer une option entre la sûreté « de droit commun » et cette sûreté spéciale. L'on reconnaît ici le débat portant sur la possibilité d'affecter en garantie un véhicule automobile selon les formes du gage du Code civil³ et, surtout, le problème qui a agité la jurisprudence au travers de la saga du gage de stocks⁴, qui a opposé les juges du fond, favorables à la possibilité pour les parties de conclure un gage selon les modalités prévues aux articles 2333 et suivants du Code civil, à la Cour de cassation, dont l'Assemblée Plénière a refusé toute option aux termes d'une motivation pour le moins lapidaire⁵, avant que l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 ne modifie la rédaction de l'article L. 527-1 du Code de commerce afin de prévoir expressément que les parties sont libres de choisir la sûreté qui leur convenait le mieux. Ce texte voit toutefois ses effets cantonnés aux rapports de concurrence entre gage de droit commun et gage de stocks, alors que la difficulté est amenée à se poser à nouveau,

¹ Plus généralement, v. Ph. Théry, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et Patr.* avril 2001.

² L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant prévoit cependant, par son art. 2428, de rétablir la possibilité pour tout constituant de recourir à l'hypothèque rechargeable. Elle n'est en effet pas par elle-même une source d'endettement, et notre droit connaît d'ores et déjà la fiducie-sûreté rechargeable ouverte à tous, qui est autrement plus dangereuse. Sur ces points, v. E. Frémeaux, « Pour l'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2016. 1102 et C. Gijssbers, « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC* mars 2014.

³ La réponse ministérielle à la question posée par M. Philippe Houillon a statué dans le sens de l'exclusivité de l'application du décret du 30 septembre 1953 dans son domaine restreint : « le gage portant sur un véhicule automobile est actuellement toujours régi par le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, en l'absence de texte l'ayant abrogé. Ce décret a donc vocation à régir les sûretés sur les véhicules qui entrent dans son champ d'application et particulièrement celles qui sont consenties par des vendeurs à crédit ou des prêteurs de deniers pour l'achat du véhicule gagé. Cependant, depuis la réforme du 23 mars 2006, un véhicule automobile peut également faire l'objet d'un gage sans dépossession de droit commun dans tous les cas non visés par le décret du 30 septembre 1953 et notamment lorsque le gage n'est pas consenti au profit d'un vendeur à crédit ou d'un prêteur de deniers pour garantir le financement du véhicule remis en gage » (JOAN Q. 9 octobre 2007, p. 6172).

⁴ L'enjeu du débat portait sur le point de savoir si le constituant pouvait gager ses stocks selon les modalités prévues dans le Code civil, ceci afin que le créancier bénéficie d'un pacte commissaire, prohibé par l'ancien art. L. 527-2 C. com. V. CA Paris, Pôle 5, chambre 8, 3 mai 2011, n° 10/13656 ; Com., 19 février 2013, *Bull. civ.* IV, n° 29 (n° 11-21763) ; CA Paris, Pôle 5, chambre 9, 27 février 2014, n° 13/03840 ; Ass. Plén., 7 décembre 2015, n° 14-18435.

⁵ Ass. Plén., 7 décembre 2015, précité : « s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce et conclu dans le cadre d'une opération de crédit, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession ». Ce minimalisme laisse le champ libre aux interprètes, qui fondent alternativement la solution sur l'adage *specialia generalibus derogant*, l'art. 2354 C. civ. ou encore la lutte contre la fraude à la loi, v. L. D'Avout et F. Danos, obs. sous Com., 19 février 2013, *Dr. et Patr.* juill. 2013.

notamment dans les rapports entre cession Dailly et cession de créance de droit commun à titre de garantie¹. Il serait alors préférable de consacrer une disposition générale fixant globalement une règle de conflit, qu'elle soit en faveur de l'exclusivité du droit spécial ou de l'option entre les textes du Code civil et les réglementations contenues dans d'autres Codes, plutôt que de résoudre la difficulté au coup par coup, sans aucune prévisibilité.

514. Incidence de l'adage *specialia generalibus derogant*. Le réflexe naturel consiste à se référer à l'adage *specialia generalibus derogant* pour affirmer la primauté de la disposition au champ d'application plus étroit², pour autant que les parties se situent effectivement dans le domaine commun aux deux textes³. La Cour de cassation aurait alors bien jugé dans « l'affaire du gage des stocks » et seul le législateur devrait être en mesure d'écarter cette règle afin de consacrer une option⁴. Il faut toutefois se garder de se rallier à cette solution péremptoire, et ce pour deux raisons. D'une part, la normativité de l'adage est loin d'être évidente. Elle n'a jamais été consacrée par la Cour de cassation, qui semble au contraire s'ingénier à ne jamais le citer au soutien de ses décisions. Il ne peut donc s'agir que d'une maxime qui guide le juge dans la résolution du litige qui lui est présenté, un indice parmi d'autres sur le chemin de la détermination de la « bonne » solution⁵. D'autre part, il reste à s'entendre sur la signification

¹ Sans compter tous les cas de conflits déjà posés au vu du nombre de sûretés existantes : est-il possible de conclure un gage de droit commun sur du matériel ou de l'outillage ou encore une fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition sur des stocks ? L'efficacité supérieure de ces sûretés justifierait peut-être, du point de vue de la Cour de cassation, l'exclusivité du régime spécial. Pour un panorama de tous les conflits potentiels, v. L. D'Avout et F. Danos, obs. précitées. Par ailleurs, sous l'empire des textes antérieurs à la réforme du 23 mars 2006, la Cour de cassation semble déjà s'être prononcée sur l'impossibilité de constituer un gage du Code civil sur un compte d'instruments financiers, v. Com., 11 février 2014, n° 12-29143 : « ayant constaté, par des motifs non critiqués, que les nantissements litigieux portaient sur des valeurs mobilières inscrites en compte, la cour d'appel en a exactement déduit qu'ils relevaient des dispositions de l'article 29 de la loi du 13 janvier 1983 ; le moyen, qui invoque des textes non applicables en l'espèce [les art. 2073 à 2075 anc. C. civ.], est inopérant ».

² En effet, il est acquis que « les adages juridiques sont bien utiles : ils évitent de réfléchir. Quoi de plus facile, pour justifier la solution souhaitée, que de la fonder sur une belle formule – si possible en latin – à laquelle le temps a donné un caractère irréfutable » (D. Tallon, préf. à la thèse de G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. XCIII, 1969, p. 9).

³ Ainsi, dans la mesure où le gage de stocks du Code de commerce était initialement une sûreté sans dépossession, on ne peut qu'approuver la Cour de cassation qui autorisait les parties à constituer un gage avec dépossession sur stock selon les modalités prévues par le Code civil, v. Com., 1^{er} mars 2016, n° 14-14401 ; Com., 31 mai 2016, n° 14-26961.

⁴ D'autant plus que l'art. 2354 C. civ., qui affirme que « les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle à l'application des règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêt sur gage autorisés », pourrait être interprété comme une traduction de cet adage.

⁵ En ce sens, C. Goldie-Génicon, th. précitée, n° 354, p. 456 : « l'examen de la jurisprudence ne plaide pas en faveur de la consécration de l'adage *specialia generalibus derogant* en tant que principe général du droit. La moisson des décisions jurisprudentielles qui accordent une place à l'adage est trop pauvre, trop évanescence, pour y déceler même le germe d'un principe en gestation » ; S. Mauclair, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in C. Thibierge et alii, *La force normative – naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 223 et s. ; P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Souriaux, Editions Panthéon-Assas, 1999, n° 253, p. 218 : « en elle-même, la violation des adages reçus dans l'Ancien droit ne donne jamais « ouverture à cassation » [...] le juge tenu de trancher une question à laquelle le Code civil n'offre aucune solution peut puiser

de la formule, alors que l'on a pu affirmer que « *le sens de l'adage [...] reste nimbé d'un certain flou que ceux qui se prévalent de la règle se gardent de dissiper. Cette signification nébuleuse, vaporeuse, fait de l'adage le sésame propre à expliquer la plupart des décisions de la Cour de cassation tranchant les concours de normes* »¹.

515. L'on peut *a minima* s'accorder sur le fait que, pour que le juge prenne en compte l'adage dans sa décision, il faut démontrer qu'il existe une véritable antinomie entre le régime de la sûreté « de droit commun » et celui de la sûreté spéciale. En matière de conflit entre le gage sur stocks du Code de commerce et le droit commun du gage du Code civil, les contradictions étaient assez évidentes : pour ne citer que les plus flagrantes, la rédaction initiale de l'article L. 527-1 du Code de commerce citait sept mentions devant obligatoirement être présentes dans l'acte constitutif du gage de stocks à peine de nullité, alors que l'article 2336 du Code civil est bien moins exigeant quant à la forme de l'écrit constitutif. Par ailleurs, l'ancien article L. 527-2 du Code de commerce interdisait la stipulation d'un pacte comissoire, alors qu'elle est autorisée par l'article 2348 du Code civil. Enfin, l'ancien article L. 527-4 du Code de commerce prescrivait l'inscription de la sûreté dans les quinze jours de sa conclusion à peine de nullité, alors que le régime du Code civil ne confond pas les questions de validité et d'opposabilité du gage. Il est donc très clair que les deux corps de règles, qui visent l'affectation préférentielle d'un stock à la garantie du paiement d'une créance, présentent des contradictions telles que la seule application de l'adage *specialia generalibus derogant* conduise à conclure à l'exclusivité de la sûreté spéciale, au régime plus sévère pour le créancier, sur son domaine restreint.

516. De même, les régimes de la future cession de créance de droit commun à titre de garantie et de la cession Dailly présentent des antinomies assez évidentes. L'avant-projet de réforme proposé par l'Association Henri Capitant ouvre aux parties la possibilité de recourir à la cession de créances des articles 1321 et suivants du Code civil aux fins de garantie. S'il est bien prévu qu'une telle cession ne puisse être constituée que par un écrit à peine de nullité, il

en eux le « guide », le « secours », qui lui fait défaut pour dire le droit », ainsi que n° 264, p. 227 : « en définitive, il est sévère mais fondé d'affirmer qu'un adage n'a, a priori, aucun contenu normatif intrinsèque. L'adage n'est en soi qu'une expression formelle sans substance juridique propre ». Adde., J.-J. Ansault et C. Gijssbers, obs. sous Ass. Plén., 7 décembre 2015, JCP G 2016. 57.

¹ C. Goldie-Génicon, th. précitée, n° 365, p. 467.

n'existe aucun formalisme obligatoire de l'ordre de celui qui est présenté à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier. Si tant est que la Cour de cassation ait entendu limiter sa solution aux cas dans lesquels le régime spécial est plus sévère que celui de la sûreté de droit commun, ne serait-elle pas tentée de dire que les établissements de crédit recourant aux textes du Code civil envisagent de frauder la loi, ce qui devrait leur imposer de constituer la sûreté spéciale ?

517. Faveur pour le principe de liberté contractuelle. Il nous semble que le raisonnement se fondant exclusivement sur l'adage *specialia generalibus derogant* est un peu rapide. En premier lieu, ce n'est pas véritablement cet adage que l'on applique, s'agissant de traiter la question de la possibilité de recourir à un régime plutôt qu'à un autre, et non de la contradiction entre deux dispositions isolées. L'Assemblée Plénière, dans l'affaire du gage des stocks, s'est donc seulement appuyée sur une règle de conflit trouvant son inspiration dans l'adage *specialia generalibus derogant*. Toutefois, il nous paraît nécessaire de prendre en considération un principe d'une valeur bien supérieure, la liberté contractuelle. Car c'est bien de liberté contractuelle qu'il est question ici, et surtout du troisième membre du triptyque liberté de contracter – liberté de choisir son cocontractant – liberté de déterminer le contenu de son contrat. Alors que les parties ont décidé de conclure une convention de sûreté, le juge leur impose le contenu de cette convention en les empêchant de recourir à la sûreté de leur choix. Pourtant, un consensus doctrinal s'est formé autour de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle : après des débuts difficiles¹, elle est parvenue à se frayer un chemin dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui la protège désormais de manière autonome. Ce dernier a ainsi décidé récemment « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »².

¹ V. la décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, « loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes », qui affirme en son considérant 9 « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* ».

² Décision n° 2015-715 DC du Conseil constitutionnel en date du 5 août 2015, « loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », considérant 22. La doctrine majoritaire estime que la liberté contractuelle fait l'objet d'une protection constitutionnelle autonome depuis une décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 « loi de financement pour la sécurité sociale pour 2001 », considérant 37, après un intermède au cours duquel le Conseil constitutionnel ne la protégeait qu'en la combinant

518. La jurisprudence de la Cour de cassation est-elle véritablement compatible avec les exigences du droit constitutionnel ? Pour ce faire, il faudrait estimer que la limitation de la liberté de choix des parties est justifiée par l'intérêt général et proportionnée au but recherché. Il semblerait pourtant qu'en matière de gage des stocks, ces conditions ne soient pas remplies. Il faut se souvenir que cette sûreté est nécessairement professionnelle, dans la mesure où elle est conclue entre un établissement de crédit et une personne morale ou une personne physique contractant pour les besoins de son activité professionnelle. La prohibition du pacte comissoire, mesure de protection du constituant, était-elle justifiée alors qu'au sein du gage commercial, sûreté extrêmement proche de la figure du gage de stocks, le créancier peut recourir au pacte comissoire comme à une procédure simplifiée de réalisation de la sûreté ? Est-ce à dire que l'octroi d'avantages dans l'exécution forcée dépend de l'assiette sur laquelle elle s'exerce ? De même, pour cantonner l'analyse à l'affectation de stocks en garantie, est-il bien cohérent qu'un pacte comissoire puisse être stipulé dans les gages avec dépossession ou consentis en faveur d'un créancier autre qu'un établissement de crédit ? La protection de l'activité du professionnel ne se justifie-t-elle pas dans ces hypothèses ? Les distinctions confinent au byzantinisme¹...

519. Vers la consécration du principe d'option. Par ailleurs, au vu de la configuration actuelle du droit des sûretés, éclaté entre des « sûretés-modèles »² et une myriade de textes spéciaux³, l'on peut se demander s'il ne faudrait pas laisser libre cours au darwinisme juridique⁴. Sauf raison fondamentale de protection du constituant, du débiteur ou des tiers,

avec une autre liberté fondamentale. En ce sens, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 19^e éd., 2018, n° 42.21, pp. 644-645 : « étant une liberté désormais « autonome », la liberté contractuelle peut se combiner avec la liberté d'entreprendre, mais elle peut également provoquer à elle seule la censure d'une disposition. L'autonomie de cette liberté est somme toute logique car la liberté contractuelle dépasse largement, par sa portée, le monde des affaires ».

¹ V., favorable à une question prioritaire de constitutionnalité pour discrimination injustifiée entre créanciers, P. Crocq, « Liberté contractuelle et constitution d'un gage de stocks », *RLDC* déc. 2015, spé. n° 5.

² Le concept a not. été développé par A.-S. Barthez et Y.-M. Serinet, « Les modèles dans les garanties de paiement », in T. Revet (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 6, 2005, p. 383 et s.

³ Sur ce problème et ses solutions possibles, v. *infra*, n° 779 et s.

⁴ Sur cette idée, v. J.-J. Ansault, « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 39, n° 1 : « les promoteurs de la réforme militent ici pour une forme de darwinisme juridique. En favorisant une compétition entre le nouveau gage du Code civil et les différents gages spéciaux, ils pronostiquent que les sûretés superflues souffriront d'une désaffection progressive et tomberont d'elles-mêmes en désuétude. Mais cette méthode douce qui incite le gage du Code civil à phagocyter petit à petit les gages spéciaux superfétatoires se heurte à des poches de résistance », D. Legeais, « Le droit français, modèle ou anti-modèle ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, pp. 28-29 : « le législateur consacre un grand nombre de sûretés modèles [...] la

n'est-ce pas aux parties de déterminer librement l'instrument le plus adapté à la garantie de créances nées de leurs rapports économiques ? Il est troublant de créer toujours plus de sûretés d'une main, tout en retirant le bénéfice de cette profusion de l'autre en niant toute possibilité de choix entre les différents mécanismes¹. Ne demeurent alors que les inconvénients d'un droit pulvérisé entre différents Codes, extrêmement difficile à connaître et dont la jurisprudence diminue constamment la prévisibilité. La solution retenue dans l'affaire du gage de stocks cumule en effet deux défauts majeurs : à sa motivation lapidaire, elle ajoute un risque d'insécurité juridique. A la création de chaque nouvelle sûreté, les praticiens auront à se demander s'ils peuvent continuer à mettre en œuvre les garanties bien connues qu'ils utilisaient auparavant, ou s'ils se trouvent obligés d'appliquer le nouveau texte. Réciproquement, est-il envisageable de priver les opérateurs du recours à la sûreté la plus récente lorsque celle-ci occupe un domaine plus large que la garantie antérieure ? Il faudrait expliquer aux banquiers que l'adage *specialia generalibus derogant* leur interdit, en matière de sûretés sur créances professionnelles, de recourir à la cession de créance de droit commun à titre de garantie, qu'ils ont tant réclamée, du simple fait que la cession Dailly permet déjà de bénéficier de l'affectation de créances à la garantie de leur paiement... Une annulation en masse de cette nouvelle cession ferait tache, alors que sa création répond à la préoccupation omniprésente du renforcement de l'attractivité du droit français.

520. Par conséquent, il nous semble que la mise en balance des différents intérêts en présence doit aboutir à faire primer le principe de liberté contractuelle sur la règle de conflit tirée de l'adage *specialia generalibus derogant*². Bien entendu, le législateur disposerait toujours de la possibilité d'interdire l'option entre la sûreté « de droit commun » et la sûreté spéciale, lorsqu'il estime que la protection d'un intérêt particulièrement impérieux justifie

liberté étant ainsi offerte, c'est aux parties qu'il revient de faire leur marché, de promouvoir certaines sûretés au détriment d'autres, voire de laisser tomber des sûretés en désuétude », ou encore Ph. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et Patr.* avril 2012 : « *Il nous semble, cependant, qu'indépendamment même, de toute chronologie, le jeu de l'adage « Specialia generalibus derogant » irait contre l'esprit général de la matière : le législateur met à la disposition des praticiens des instruments de garantie. A côté des institutions générales, il en crée d'autres spécialement adaptées à certains biens. Il s'agit de diversifier les modèles dans l'intérêt des praticiens : à chacun de voir, alors, quelle solution est la mieux conformée à sa situation* ».

¹ L'on pourrait certes affirmer que l'interprétation retenue par la Cour de cassation est la seule à même d'assurer l'application de la règle spéciale, privée sinon de toute efficacité. Mais faut-il à toute force chercher à sauver une sûreté née sur un malentendu, la Chancellerie n'ayant pas compris que le régime du gage du Code civil permettait d'ores et déjà d'affecter des stocks en garantie ? Sur ce point, v. J.-J. Ansault et C. Gijssbers, obs. précitées.

² Dans le même sens, v. G. Ansaloni, obs. sous Com., 19 février 2013, *Banque* mars 2013, p. 58 et s.

l'exclusivité du recours à une sûreté¹. Mais le principe devrait être l'option, et pourrait être consacré en tête du Titre du Code civil relatif aux sûretés réelles², ce qui évincerait *ab initio* le raisonnement fondé sur les domaines d'application respectifs des deux sûretés en concurrence. Les parties étant libres de choisir la sûreté qui convient le mieux aux caractéristiques de l'opération garantie, il n'y aurait plus à se poser la question de l'éventuelle incompatibilité des différents régimes. On pourrait ainsi imaginer un article énonçant que « *Sauf disposition contraire, les parties choisissent librement la sûreté à laquelle elles ont recours* »³. Ici encore plus qu'ailleurs, l'on peut se référer à Carbonnier qui affirmait que « *lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul. Si le législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois* »⁴. Tout créancier serait ainsi en mesure de choisir librement sa sûreté, sauf cas exceptionnel. En revanche, de l'autre côté de l'opération, il ne semble pas possible de traiter les constituants de sûretés réelles comme un ensemble monolithique. Il est nécessaire de tenir compte de leurs spécificités, essentiellement lorsqu'ils se trouvent en situation de faiblesse vis-à-vis du créancier.

¹ L'on rejoint ainsi ce qu'écrivait M. Mestre il y a quelques années : « *Le créancier a parfaitement le droit, et à tout moment, de prendre une garantie particulière pour le recouvrement de son dû ; simplement, il abuse de ce droit s'il l'exerce sans intérêt légitime, uniquement pour nuire au débiteur ou frauder les droits des autres créanciers* » (« Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, n° 41, p. 458).

² Comp. toutefois M. Julienne, « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *RPC* juill.-août 2018, dossier 16, n° 9, qui s'oppose à l'édiction d'un principe général de liberté de choix, certains biens présentant des particularismes trop accusés pour entrer dans le moule d'autres sûretés que celles qui ont été conçues spécialement pour eux. Mais ne s'agit-il pas d'un nombre infime de conflits par rapport à ceux qui sont susceptibles de se présenter ? On pourrait certainement indiquer dans le Code des transports que le créancier qui veut prendre une sûreté sur un bateau, navire ou aéronef ne dispose pas de l'option entre les garanties contenues dans ce Code et celles du Code civil. Il nous semble simplement que, dans la mesure où la majorité des conflits naissent d'une discordance entre le gage du Code civil et les sûretés spéciales qui ont été créées à une époque où la dépossession était obligatoire, l'institution d'un principe général de choix permet de faire souffler un vent de liberté sur le droit des sûretés en estimant que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, et non l'inverse. Le législateur conserverait évidemment la possibilité de prohiber le recours à l'option, mais uniquement lorsqu'une raison fondamentale le justifierait.

³ Les propositions doctrinales qui cherchent à dissiper le flou dans la résolution du conflit entre droit commun et droit spécial aboutissent généralement au résultat contraire, en consacrant la primauté du texte spécial sur le texte général, v. not. N. B alat, th. précitée, n° 804, p. 482, ainsi que C. Goldie-Génicon, th. précitée, n° 393, p. 504. Cela n'est pas surprenant : ces auteurs prennent comme point de départ de leur raisonnement l'adage *specialia generalibus derogant* et s'intéressent respectivement à tout le droit privé et au droit des contrats. La solution que nous proposons n'a pas cette ampleur, qui se cantonne au droit des sûretés réelles pour des raisons propres à la matière. Par ailleurs, la règle n'aurait pas vocation à régir un grand nombre de situations dans la mesure où nous prônons la suppression de plusieurs sûretés spéciales, v. *infra*, n° 864 et s.

⁴ J. Carbonnier, obs. sous Civ. 1^{re}, 19 juillet 1960, *RTD Civ.* 1961. 332.

B) La protection des constituants en situation de faiblesse

521. Protection de l'entrepreneur individuel. Les sollicitudes du législateur envers l'entrepreneur individuel sont extrêmement nombreuses. Elles témoignent d'une certaine vision de la société, dans laquelle chacun doit prendre son destin en main et créer les conditions de sa rémunération sans attendre quoi que ce soit du statut de salarié. Toutefois, l'époque du tout-entrepreneur rompt avec l'un des piliers de l'entrepreneuriat : pour avoir une chance de gagner beaucoup, il faut être prêt à risquer beaucoup. Or, le législateur s'efforce justement de mettre en place un environnement juridique au sein duquel l'entrepreneur peut gagner sans risquer de perdre ses « biens personnels », c'est-à-dire ceux qui ne sont pas directement nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle¹. Mais qu'en est-il en réalité ? Les biens personnels sont-ils véritablement protégés par la bonne volonté du législateur ? Il n'en est rien, et l'on a vu se multiplier tant les cautionnements octroyés par l'entrepreneur individuel que les renonciations à l'insaisissabilité², ces deux phénomènes conduisant à la reconstruction de son patrimoine et au retour du risque d'entreprise. Tout cela illustre une tendance bien connue et parfaitement conforme à la logique : pour entreprendre, il faut du crédit, or l'obtention de crédit suppose de subir le risque de la saisie de l'ensemble de son patrimoine. Les interventions législatives qui se succèdent à un rythme toujours plus rapide dans l'objectif de sécuriser la situation de l'entrepreneur individuel ne sont que de la poudre aux yeux.

522. Cette tendance s'est également manifestée dans le droit des sûretés, dans la mesure où la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite « loi Madelin », a cherché à protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur en favorisant la prise de garanties par les établissements de crédit sur ses biens professionnels³. Cette protection

¹ Sur toutes ces techniques, v., déjà, *supra*, n° 285 et s. Pour une critique de ce système, v. S. Torck, « Les alternatives à l'EIRL », *RLDC* déc. 2010, n° 41 : « *probablement y a-t-il méprise, aujourd'hui en France, sur le sens de ce que l'on appelle hors de nos frontières hexagonales la liberté d'entreprendre et qui, chez nous, avec l'EIRL, devient le droit d'entreprendre sans risque, avec la garantie d'OSEO [...] Avec un tel gadget, l'on croit favoriser l'esprit d'entreprise de ceux qui, par définition, n'y croient pas et n'y ont jamais cru puisqu'ils sont prêts à ne pas engager plus que le strict nécessaire pour, pensent-ils, réussir et convaincre les établissements censés leur offrir leur concours d'y consentir* ».

² Ce qui constitue une excellente garantie au vu de ses effets en cas d'ouverture d'une procédure collective, v. *infra*, n° 753 et s.

³ L'actuel article L. 313-21 du Code monétaire et financier met en place une procédure en trois temps : l'établissement de crédit est d'abord tenu d'indiquer le montant de la garantie désirée, en mentionnant le fait que l'entrepreneur peut affecter ses biens professionnels ou demander le cautionnement d'une personne morale ; dans les quinze jours de cette demande, si l'entrepreneur accepte cette proposition, le contrat de garantie est conclu ; si l'entrepreneur ne répond pas ou ne propose que des garanties

des biens personnels de l'entrepreneur est étrange à plus d'un titre. Il suffit ici de mentionner le fait que les biens nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle du débiteur sont déclarés insaisissables par le Code des procédures civiles d'exécution¹ et, surtout, que cette subsidiarité dans la prise de sûretés se double d'une subsidiarité dans l'exécution forcée², et l'on se demande bien comment l'entrepreneur est censé payer ses dettes futures si les biens nécessaires à son activité – et donc nécessaires à la perception de ses revenus – sont saisis par l'établissement de crédit...

523. C'est également la sanction du manquement à cette procédure, l'interdiction faite aux établissements de crédit de se prévaloir de la sûreté dans leurs rapports avec l'entrepreneur, qui interpelle³. On ne peut que convenir, avec plusieurs auteurs, que la sanction est « *indiquée de façon sibylline* »⁴ ! Dans le cas du gage avec dépossession ou de la fiducie-sûreté sans convention de mise à disposition, il semblerait que le droit de rétention offert par l'article 2286, 1° du Code civil soit toujours invocable à l'encontre des créanciers concurrents : pour quelle raison celui à qui le débiteur a remis son bien jusqu'au complet paiement de sa créance devrait-il être privé d'une telle garantie alors que les conditions légales du droit de rétention conventionnel sont remplies ? De même, dans la mesure où le texte indique que la sûreté publiée est opposable aux tiers jusqu'à la radiation de l'inscription, il faut conclure que la nullité n'est pas fulminée par le texte et donc que l'établissement de crédit ayant manqué à ses obligations peut toutefois s'en prévaloir vis-à-vis des tiers, ce qui constitue tout de même l'essentiel des attraits de la sûreté réelle⁵... Dans une telle hypothèse, comment ne pas se rendre compte, une

insuffisantes, l'établissement de crédit doit indiquer le montant des garanties souhaitées sur les biens non-nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Si l'entrepreneur individuel accepte, alors, la garantie est constituée. S'il refuse, l'établissement de crédit peut renoncer à accorder son crédit sans que sa responsabilité ne soit engagée.

¹ Art. L. 112-2, 5° et R. 112-2, 16° CPCE.

² Art. L. 161-1 CPCE. Le caractère « *à la limite de l'absurde* » de cette disposition a déjà été mis en lumière : si le créancier dispose uniquement de sûretés portant sur des biens non-nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle du débiteur, il est tenu de poursuivre l'exécution avant tout sur les biens libres de toute sûreté... sauf s'il parvient à démontrer que la mise en œuvre de cette subsidiarité met en péril le recouvrement de sa créance ! V. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 444, p. 400, traitant ce mécanisme de « *bénéfice de discussion pervers* ».

³ Art. L. 313-21, al. 3 CMF. Lorsque la sûreté est publiée, la déchéance du créancier est totale à compter de la radiation de l'inscription.

⁴ C. Mouly, Ph. Neau-Leduc, Ph. Pétel et T. Revet, « Aperçu rapide sur la loi « initiative et entreprise individuelle » (n° 94-126 du 11 février 1994) », *JCP G* 1994. 100171

⁵ Ainsi, la Cour d'appel de Dijon avait permis à une caution de se prévaloir du manquement d'une banque aux exigences de la procédure de la loi Madelin pour refuser de la payer, estimant qu'une interprétation littérale ne serait pas conforme à l'esprit du texte, la caution *solvens* pouvant ensuite se retourner contre l'entrepreneur et saisir n'importe lequel de ses biens, même personnel, ce qui réduirait à néant la protection légale. La Cour de cassation n'a pas été sensible à cet argument et a sèchement cassé la décision par un arrêt du 16 novembre 2010, affirmant que « *la sanction prévue en cas de non-respect des formalités qu'édicte*

fois encore, que les bonnes intentions législatives ne sont pas suivies d'effets ? Reste à se demander si, de manière plus large, la protection de tous les constituants considérés comme des parties faibles peut être assurée par un principe de proportionnalité.

524. Vers un principe général de proportionnalité des sûretés réelles ? L'excès est une des hantises majeures du législateur contemporain. Il est peu de domaines du droit qui échappent à son contrôle, et le droit des sûretés n'en fait pas partie. Il suffit de songer au principe de proportionnalité du cautionnement qui, dans son état actuel, permet de déchoir de ses droits à l'encontre de la caution le créancier qui la forcerait à consentir un engagement dont le montant est manifestement disproportionné à la valeur de son actif au jour de la conclusion du contrat¹. Le droit des sûretés réelles connaît également des occurrences de ce mode de protection du constituant, qui se manifeste notamment au travers de la réduction des inscriptions hypothécaires excessives². Dans sa facette objective qui sert la lutte contre l'excès *stricto sensu*, l'article 2444 du Code civil impose au juge de réduire l'inscription lorsque plusieurs immeubles sont grevés alors que la valeur de l'un ou de quelques-uns d'entre eux dépasse déjà sept tiers du montant de la créance garantie en capital et accessoires légaux. Le principe de proportionnalité pris dans sa facette subjective vise à sanctionner l'abus³, l'article 2445 du Code civil conférant au juge un large pouvoir d'appréciation afin de lutter contre les conséquences néfastes de l'unilatéralisme dans la fixation du montant de la créance inscrite⁴.

525. On peut encore citer la solution jurisprudentielle relative à l'intérêt social dans les sociétés civiles immobilières, qui cherche à prévenir le risque de disparition de ces sociétés sans contrepartie et prononce ainsi la nullité du cautionnement réel dont l'exécution conduirait à la

l'article L. 313-21 du code monétaire et financier ne s'applique que dans les relations entre la banque et l'entrepreneur individuel » (Com., 16 novembre 2010, n° 09-67585). En transposant cette solution au droit des sûretés réelles, on peine à comprendre comment le débiteur dont le bien est saisi pourrait s'opposer à ce que le droit de préférence de l'établissement de crédit s'impose à ses concurrents...

¹ Art. L. 332-1 C. conso. La sanction de ce devoir de modération est appelée à changer sous l'impulsion de l'avant-projet de réforme porté par l'Association Henri Capitant, son art. 2301 proposant au juge de réduire le cautionnement en cas de disproportion. Sur l'impact potentiel de ce texte en matière de cautionnement réel, v. *supra*, n° 465 et s. Le changement de sanction n'exerce toutefois aucune influence sur la présente démonstration.

² V. not. S. Piedelièvre, « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Defrénois* 2000, art. 37190, p. 737 et s.

³ Sur ces deux facettes de la proportionnalité, v. A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010. 335, n° 6, qui insiste sur le fait que la proportionnalité « stricte » se matérialise souvent par l'existence d'un seuil chiffré à ne pas dépasser, ainsi que P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 4, p. 293, distinguant entre la proportionnalité-adéquation et la proportionnalité-modération.

⁴ La Cour de cassation a ainsi pu affirmer que les juges du fond disposent d'un « pouvoir discrétionnaire d'appréciation » quant à la qualification de la disproportion, v. Civ. 3°, 21 février 1984, *Bull. civ.* III, n° 46, p. 35 (n° 83-10409).

réalisation de l'intégralité de leur patrimoine¹. Par une nouvelle démonstration de sa plasticité², la notion d'intérêt social est instrumentalisée afin d'instaurer un contrôle de proportionnalité du cautionnement réel quasiment identique à celui que la loi Dutreil a réservé au bénéfice des personnes physiques³ : dans les deux cas, le créancier est sanctionné pour n'avoir pas respecté une juste mesure entre le montant de l'engagement réclamé et la valeur du patrimoine du garant.

526. Faut-il faire un pas de plus et, au-delà des solutions éparses imposant de temps à autre la proportionnalité des sûretés réelles, consacrer un véritable principe général de proportionnalité entre la valeur de l'assiette affectée et le montant de la créance garantie ? L'idée n'est pas nouvelle, qui a été défendue par MM. Mestre, Putman, et Billiau à propos d'un « *recours en réduction des sûretés manifestement disproportionnées* »⁴. Cette idée n'a jamais été consacrée en pratique, dans la mesure où l'on estime généralement qu'il revient au débiteur de prendre davantage soin de ses intérêts. Un rééquilibrage du droit des sûretés au profit du constituant pourrait toutefois avoir lieu à la faveur des modifications opérées par la réforme du droit des obligations du 10 février 2016. En effet, le nouvel article 1143 du Code civil dispose qu'« *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Ce texte apparaît suffisamment général pour s'appliquer à la constitution de sûretés réelles et, s'agissant de régler un vice du consentement, sa sanction consiste nécessairement à prononcer la

¹ V., entre autres, Com., 3 juin 2008, n° 07-11785 ; Civ. 3^e, 12 septembre 2012, *Bull. civ.* III, n° 121 (n° 11-17948) ; *RTD Civ.* 2012. 754, obs. P. Crocq ; Com., 14 février 2018, n° 16-19762.

² V. not. D. Martin, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Joly Editions, 2005, p. 359 et s. On passe alors d'une vision de l'intérêt social centrée sur l'intérêt des seuls associés à un périmètre englobant les intérêts de tous ceux qui sont concernés de près ou de loin par l'existence de la société (la Chambre Commerciale indique ainsi clairement que le consentement unanime des associés ne peut pallier le défaut de conformité de la sûreté à l'intérêt social, v. Com., 8 novembre 2011, n° 10-24438). L'intérêt social peut même englober celui des créanciers sociaux lorsque la Cour de cassation annule des cautionnements qui auraient frauduleusement permis aux créanciers des associés d'appréhender une partie du patrimoine sociétaire, v. O. Dagenat, « Cautionnement hypothécaire donné par une société civile immobilière », *Gaz. Pal.* 9 juill. 2002, p. 8 et s.

³ « Quasiment » identique dans la mesure où la personne morale est finalement mieux protégée que la personne physique, car l'affectation en garantie de son entier patrimoine suffit à considérer l'engagement comme étant disproportionné, alors que la caution personne physique ne peut recourir au bénéfice de disproportion que lorsque le montant de son engagement excède ses facultés contributives. En ce sens, P. Crocq, obs. précitées.

⁴ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 206, p. 196. De même, un auteur a pu envisager d'interdire le recours à des sûretés réelles supplémentaires dans l'hypothèse où la sûreté initiale couvre déjà le montant total de la créance garantie, v. A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », art. précité, n° 24 et s. Cela n'est pas sans rappeler le contrôle judiciaire de l'utilité ou du caractère abusif des mesures d'exécution forcée (art. L. 111-7 CPCE).

nullité des sûretés consenties. Le contrôle de la proportionnalité des sûretés réelles, phénomène jusque-là très minoritaire¹, pourrait-il être généralisé sur ce fondement² ?

527. Réforme du droit des obligations et proportionnalité des sûretés. Des auteurs ont alerté sur le danger potentiel que pourrait constituer une interprétation extensive de l'article précité dans le droit des procédures collectives, les organes de la procédure pouvant alors obtenir la nullité des sûretés consenties à l'entreprise en difficulté bien plus facilement que sur le terrain de l'article L. 650-1 du Code de commerce³. Il nous semble que les inquiétudes relatives à l'impact de ce texte sur le droit commun des sûretés réelles peuvent être assez aisément apaisées. Comme souvent, l'effectivité de ce texte va dépendre de l'interprétation qu'en feront les juges, mais la rédaction relativement restrictive de la disposition paraît constituer un garde-fou suffisant pour contrer les velléités judiciaires de mise en place d'un véritable contrôle de l'excès de la sûreté à la date de sa constitution⁴. La mise en œuvre de la nullité fulminée par le texte suppose en effet la réunion de trois conditions, dont l'existence d'un état de dépendance du cocontractant à l'égard de celui auquel la violence est reprochée ainsi que l'exploitation de cette position par l'obtention d'un avantage manifestement excessif⁵.

528. En ce qui concerne la caractérisation de l'état de dépendance, la volonté des rédacteurs du texte a été de limiter son champ d'application aux cas dans lesquels la partie faible se trouve véritablement dénuée d'autonomie vis-à-vis du cocontractant auquel il est reproché

¹ Voire totalement ineffectif dans le cadre du droit des procédures collectives, v. les développements relatifs à l'art. L. 650-1 C. com., *infra*, n° 686 et s.

² MM. Mestre, Putman et Billiau y étaient d'ailleurs favorables, puisqu'ils se demandaient « *s'il n'y a pas lieu de faire application en matière de sûretés réelles des sanctions modernes de l'abus de domination sous ses diverses formes* » (*op. cit.*, n° 182, p. 166, ainsi que les pages suivantes).

³ J.-J. Ansault, « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* mars 2017, p. 148 et s., spé. n° 14, ainsi que « L'abus du droit de recouvrer sa créance... 30 ans après », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, n° 11, p. 47 : « *l'article 1143 du Code civil pourrait justifier un contrôle judiciaire de l'excès de sûretés dans certaines situations où [...] le constituant ne saurait trouver un crédit comparable auprès d'un autre créancier, le candidat prêteur abusant alors de sa position dominante à son endroit pour obtenir pléthore de garanties* » ; J. Lasserre Capdeville, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCP E* 2016. 1434, n° 21 et s.

⁴ Il faut ajouter à cela que, du point de vue du droit des contrats en général, le texte n'a vocation à jouer que dans des situations exceptionnelles. On peut établir un parallèle avec le droit belge, dont le Code civil connaît une disposition similaire, qui est elle-même très peu mise en œuvre, v. M. Leveneur-Azémar, « Eclairage de droit comparé sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2020. 165, affirmant que l'on peine à découvrir un arrêt de principe en matière de lésion qualifiée alors que le principe existe depuis 1936.

⁵ La troisième condition, celle du caractère déterminant de la violence – qui suppose que son auteur obtienne de la partie faible « *un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte* » – ne mérite pas de développements supplémentaires, s'agissant du droit commun de la nullité pour vice du consentement.

d'avoir usé de violence¹. Cette affirmation se vérifie eu égard aux dernières tendances jurisprudentielles, dans la mesure où un arrêt récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation intime aux juges du fond l'ordre de prendre en compte les conséquences du défaut de conclusion du contrat dont la nullité est réclamée, qui doivent produire un impact déterminant sur la situation du contractant pour que l'on considère qu'il se trouve dans une situation de dépendance². C'est dire que seuls les cas extrêmes justifieront la caractérisation d'un tel état. Par ailleurs, l'avantage obtenu du fait de l'exploitation de la faiblesse du cocontractant doit être « manifestement » et non « simplement » excessif, ce qui devrait inciter les juges du fond à être particulièrement vigilants quant à la qualification des faits.

529. On peut donc imaginer que l'article 1143 serve à sanctionner l'établissement de crédit habituel d'un entrepreneur individuel proche du dépôt de bilan, lorsqu'il exige des sûretés dont la valeur de l'assiette dépasse largement le montant de la créance garantie. Un avantage manifestement excessif – grever le patrimoine de son débiteur de bien plus de sûretés qu'il n'en faut – est effectivement tiré de l'exploitation de la dépendance dans laquelle se trouve l'entrepreneur vis-à-vis de son banquier habituel, la proximité de la défaillance et les relations bien établies entre les parties excluant la possibilité de recourir rapidement au concours d'un autre établissement de crédit capable de le sauver de la ruine³. La prise en compte des conséquences du défaut de conclusion du contrat semble ainsi constituer un garde-fou efficace contre la tentation d'étendre exagérément le contrôle judiciaire de l'octroi de sûretés. Dans ces

¹ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations – Innovations - Perspectives*, Dalloz référence, 2^e éd., 2019/2020, n° 123.174 et s., p. 63 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2019, n° 321, p. 359.

² Com., 9 juillet 2019, n° 18-12680 : dans cette affaire, les juges du fond avaient caractérisé l'état de dépendance d'une compagnie aérienne vis-à-vis de son prestataire de maintenance qui avait décidé d'augmenter considérablement ses tarifs, en raison de l'impossibilité potentielle pour la compagnie d'exploiter immédiatement un nouvel avion si l'avenant au contrat n'avait pas été signé. Leur décision a été cassée pour manque de base légale sur le fondement de l'ancien art. 1112 C. civ., au motif que les juges auraient dû « préciser en quoi le risque de devoir retarder l'exploitation d'un seul avion, le temps de trouver un prestataire de maintenance pour sa prise en charge, l'aurait conduite à rompre ses contrats et aurait eu des conséquences économiques telles qu'il aurait placé la compagnie Transavia dans une situation de dépendance à l'égard de la société DAMS la contraignant à signer l'avenant ».

³ Il semble possible de transposer la grille de lecture proposée par M. Chénéde quant à l'avantage manifestement excessif en distinguant entre actes onéreux et actes gratuits – « contrôle de l'équilibre des prestations » versus « contrôle de l'excès de l'avantage par rapport aux ressources du disposant » (*op. cit.*, n° 123.176, p. 65) – à la distinction des sûretés réelles pour soi-même et des sûretés réelles pour autrui. L'avantage manifestement excessif obtenu par l'octroi d'une sûreté pour soi-même résulterait ainsi de l'excès notable de la valeur de l'assiette des sûretés par rapport au montant de la créance garantie, alors que l'avantage manifestement excessif obtenu dans le cadre des sûretés pour autrui devrait s'examiner, comme en matière de cautionnement, par la comparaison de la valeur du patrimoine du garant et du montant de son engagement de caution. L'on se rend alors compte que la jurisprudence relative à l'intérêt social des sociétés civiles immobilières s'insère parfaitement dans le droit positif du contrôle de proportionnalité de la sûreté réelle.

conditions, imagine-t-on un consommateur se plaindre de ce que son banquier a exigé trop de sûretés afin de garantir un crédit à la consommation voué à financer l'achat d'un téléviseur de dernière génération ? Le fait de se passer de télévision ou d'être obligé de se contenter d'un téléviseur de moindre qualité ne semble pas constituer une conséquence insupportable du défaut de passation du contrat qui justifie l'annulation des sûretés...

530. Absence de principe général de proportionnalité des sûretés réelles. En un mot comme en cent, les conditions posées par l'article 1143 du Code civil se suffisent à elles-mêmes et ne peuvent constituer le support d'une exigence généralisée de proportionnalité des sûretés réelles à leur date de constitution. On ne peut que s'en réjouir : l'équilibre des intérêts entre les droits du créancier et ceux du constituant doit passer ici par la sanction exceptionnelle des abus commis par les créanciers, sans donner de manière générale au juge le pouvoir de s'immiscer dans leurs relations contractuelles¹. L'article précité permet de remplir cet objectif de façon tout à fait satisfaisante. Une bonne sûreté réelle est bien souvent disproportionnée, c'est-à-dire surdimensionnée lors de sa constitution, disproportion qui ne fait que s'accroître au fur et à mesure des remboursements effectués par le débiteur en raison du principe d'indivisibilité des sûretés réelles². Il ne faut d'ailleurs pas s'étonner de ce que la protection du constituant ne soit pas plus intense à ce stade, la sûreté réelle ne pouvant être considérée comme une source d'endettement³. C'est alors la lutte contre le gaspillage de son crédit qui constitue la première préoccupation du législateur, ce qui ne nécessite pas la consécration d'un principe général de proportionnalité de la sûreté réelle⁴. En revanche, il est essentiel de protéger les tiers dès cet

¹ En ce sens, L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 18, p. 27 ; D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 432, 2005, n° 163 et s., p. 153 et s. ; A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », art. précité, n° 34 : « l'idée de proportionnalité ne doit prospérer, même de manière limitée, qu'au prix d'une conception stricte, purement mathématique, et de modalités d'application précisément encadrées. De cette manière, ne serait plus justifiée l'idée selon laquelle l'accroissement de la place de la proportionnalité dans les sûretés réelles impliquerait une modification de la technique même de la sûreté en raison d'un pouvoir de révision généralisé du juge » ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit* mai-juin 2000, n° 23, p. 10 : « à l'heure de réfléchir sur une généralisation de l'exigence de proportionnalité, il faudra faire le départ entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, ces dernières ne justifiant guère un contrôle de proportionnalité visant à protéger le débiteur ».

² Sur ce principe, v. *infra*, n° 558 et s. V. également, vent debout contre tout contrôle de la proportionnalité des sûretés réelles, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003, n° 667 et s., p. 509 et s.

³ Il faut toutefois noter que le droit allemand sanctionne le créancier qui prend des sûretés excessives en raison de la non-conformité d'un tel comportement aux bonnes mœurs, v. not. R. Dammann, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit* sept.-oct. 2005, p. 22.

⁴ Sur les moyens de protection des particuliers contre les dangers des sûretés *omnibus*, v. *supra*, n° 313 et s.

instant, dans la mesure où ce sont leurs prérogatives qui sont le plus durement touchées par la constitution d'une telle garantie.

§2) *La protection des tiers*

531. Plan. La sûreté réelle déploie principalement ses effets à l'égard des tiers¹ : la rupture d'égalité entre les créanciers, qu'elle se produise par le biais d'un droit de préférence ou d'un droit exclusif, permet toujours à son bénéficiaire d'être mieux traité que ses concurrents, et donc de réduire la somme par eux perçue en cas de vente du bien grevé. Le droit de suite, quant à lui, autorise l'action contre un tiers qui n'est pas personnellement tenu de la dette, ce qui aggrave considérablement sa situation patrimoniale. Il s'agit là de banalités qu'il faut pourtant rappeler tant elles expliquent plusieurs points fondamentaux du régime de l'obligation réelle de garantie constituée par la sûreté réelle : les parties n'ont pas le pouvoir d'aggraver les effets déjà sévères que les sûretés réelles déploient à l'égard des tiers, tout comme le bénéficiaire ne peut se prévaloir de ces effets légaux s'il n'a effectué les formalités de publicité légale.

C'est ainsi que les causes légitimes de préférence sont limitativement énumérées par la loi : le *numerus clausus* des sûretés réelles limite la liberté contractuelle des parties afin de poursuivre un objectif impérieux, la protection des tiers. Si ce principe n'existait pas, comment éviter que le bénéficiaire ne pousse le constituant à consentir à la création d'un droit de préférence de premier rang en dehors du classement légal, à l'assiette potentiellement illimitée ? Si cela était possible, les autres créanciers seraient lésés par une sûreté dont ils n'auraient jamais pu prévoir l'existence et qui serait susceptible de réduire à néant la sanction de leur droit de gage général, voire de leurs droits de poursuite spéciaux. De même, sans *numerus clausus*, comment éviter que les parties ne façonnent à leur guise des droits de suite conventionnels, poussant les ayants cause du constituant dans les liens d'une obligation réelle instituée *ex nihilo* ? Des tiers seraient alors tenus de payer une dette qui incombe au débiteur principal, du simple fait de l'acquisition de l'un de ses biens, sans aucun moyen d'information sur l'existence

¹ V. C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 247, p. 237 : « véritable pouvoir de nuire à autrui institutionnalisé, la sûreté réelle ne peut, dès lors, s'épanouir que dans un « cadre » légal destiné à protéger les tiers ou, du moins, à déterminer l'ampleur exacte du sacrifice qui peut leur être imposé ».

de cette sujétion. Le *numerus clausus* constitue ainsi le degré minimum de protection dû aux tiers visés par la sûreté réelle : les parties ne peuvent aggraver la situation des tiers par une convention dont les stipulations s'écarteraient du cadre légal (**A**).

Une fois la sûreté légalement constituée, il faut encore porter son existence à la connaissance des tiers. Nul ne saurait se satisfaire d'une situation dans laquelle les causes de rupture d'égalité seraient occultes, quand bien même leurs effets ne pourraient être plus graves que ceux prévus par la loi. Bien que les effets des sûretés soient strictement encadrés, il faut encore ouvrir aux tiers la possibilité de s'en prémunir¹. Les créanciers concurrents doivent pouvoir se défendre contre les conséquences du défaut de paiement potentiel de leur débiteur, par exemple en prenant des sûretés sur d'autres biens. Les ayants cause du débiteur doivent être informés de l'existence d'un créancier réel, titulaire d'un droit de poursuite à leur encontre du simple fait du transfert de propriété du bien grevé, ce qui leur permet de recourir à la purge. Réciproquement, à défaut d'accomplissement des formalités de publicité légale, les tiers sont fondés à se comporter comme si la sûreté réelle n'existait pas (**B**).

A) *Le numerus clausus des sûretés réelles*

532. Le reflux du *numerus clausus* des droits réels. Dans un domaine voisin du nôtre, le débat relatif à l'existence d'un *numerus clausus* des droits réels a fait couler beaucoup d'encre avant de s'éteindre totalement sous les coups de boutoir conjugués de la doctrine majoritaire et de la Cour de cassation. Par l'arrêt *Caquelard*, rendu en 1834, cette dernière avait déjà laissé entendre de manière très claire qu'elle se prononçait en faveur de la liberté de création des droits réels². Le principe était déjà posé, bien qu'on ait pu regretter que la pratique ne se soit pas saisie des possibilités virtuellement illimitées ouvertes par cette décision³. La décennie qui vient de

¹ Comp. Civ., 11 juin 1817 ; S. 1818. 1. 328 : « suivant l'art. 2094, les causes de préférence sont les privilèges et les hypothèques ; ces causes ne deviennent légitimes que lorsque le créancier qui peut s'en prévaloir a observé les formalités prescrites pour rendre efficace, à l'égard des tiers, son hypothèque ou son privilège [...] l'objet de cette publicité est d'avertir tous ceux qui peuvent y avoir intérêt que le gage est déjà absorbé en tout ou en partie ». Rapp. Y. Flour, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, th. Paris II, 1977, n° 113, pp. 156-157.

² V. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 66-67, p. 403 et s. : « les articles 544, 546 et 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; ni ces articles, ni aucune loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ».

³ C. Atias, *Droit civil – Les biens*, LexisNexis, 12^e éd., 2014, n° 70, p. 51 et s.

s'écouler a été l'occasion pour la Haute juridiction de confirmer sa jurisprudence, notamment au travers des deux arrêts « *Maison de Poésie* », mettant fin à toute ambiguïté concernant le prétendu *numerus clausus* des droits réels¹.

533. Cette solution ne doit pas surprendre². En effet, comment justifier une restriction si importante à la liberté des parties ? Est-ce par la formulation de l'article 543 du Code civil, qui ne mentionne que le droit de propriété, le droit de jouissance ou les services fonciers³ ? Mais cette liste n'est pas limitative, vu le nombre important de droits réels consacrés ailleurs par la loi ou reconnus par la jurisprudence. Est-ce en raison des conséquences trop sévères que cette liberté de création est susceptible de produire ? Les tiers se verront opposer les droits réels *sui generis* exactement comme les autres droits réels ou même les droits personnels, et l'on ne voit pas bien en quoi l'ayant cause du propriétaire ayant concédé ce droit serait particulièrement lésé par rapport à celui dont l'auteur aurait démembré son droit en constituant un usufruit au profit d'un tiers pour ne transmettre que la nue-propriété... Enfin, peut-on considérer qu'il y a là une atteinte insupportable à l'absolutisme du droit de propriété ? Ce n'est pourtant pas cela qui manque⁴. Il semblerait donc que rien ne puisse s'opposer à ce que les propriétaires déterminent eux-mêmes la meilleure façon d'exploiter leurs biens⁵. Reste à déterminer si cette solution peut être transposée en droit des sûretés.

¹ Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si le droit de jouissance spéciale accordé à la fondation *La Maison de Poésie*, qui imposait au nouveau propriétaire d'édifier une nouvelle construction à son bénéfice s'il voulait récupérer l'espace par elle occupé, obéissait aux règles du droit d'usage et habitation – et donc se prescrivait par trente ans – ou bien était soumis à un régime propre, pouvant durer aussi longtemps que la fondation elle-même. C'est la deuxième branche de l'alternative qui a été retenue par la Cour de cassation, v. Civ. 3^e, 31 octobre 2012, *Bull. civ.* III, n° 159 (n° 11-16304), L. D'Avout et B. Mallet-Bricout, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013. 53 ; J. Dubarry et M. Julienne, « Liberté contractuelle et droits réels », *RLDC* fév. 2013, ainsi que Civ. 3^e, 8 septembre 2016, 14-26953 : « ayant relevé que les parties avaient entendu instituer, par l'acte de vente des 7 avril et 30 juin 1932, un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le code civil, la cour d'appel, qui a constaté que ce droit avait été concédé pour la durée de la Fondation, et non à perpétuité, en a exactement déduit, répondant aux conclusions dont elle était saisie, que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du code civil, n'était pas expiré et qu'aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de trente ans ».

² En ce sens, parmi tant d'autres, C. Atias, *op. et loc. cit.* ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux et L. Tranchant, *Les biens*, LGDJ, 3^e éd., 2019, n° 416 et s., p. 479 et s. ; C. Larroumet et B. Mallet-Bricout, *Les biens – droit réels principaux*, Economica, 6^e éd., 2019, n° 53 et s., p. 35 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, 8^e éd., 2019, n° 355 et s., p. 114 et s.

³ « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

⁴ V. P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 248, 1995, n° 74 et s., p. 63 et s.

⁵ V., parmi les auteurs de droit des sûretés, L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012, n° 81 et s., p. 59 et s. ; P. Crocq, th. précitée, n° 243 et s., p. 196 et s. ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 252 et s., p. 239 et s. ; Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, préf. H. Lécuyer, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 7, 2017, n° 78 et s., p. 66 et s. V. également J.-L. Bergel, « Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI* 2010. 409 : « Les exigences de l'ordre public juridique suffisent à encadrer les excès de la liberté et un véritable *numerus clausus* des droits réels, qui ne semble pas vraiment fondé en droit ni en opportunité, ne paraît pas devoir s'imposer ».

534. Le maintien du *numerus clausus* des sûretés réelles. Paradoxalement, la question de l'existence d'un *numerus clausus* des sûretés réelles est à la fois plus et moins débattue. Ses promoteurs comme ses plus féroces adversaires s'accordent pour affirmer qu'il n'existe aucune liberté de création des sûretés réelles préférentielles, alors que le consensus disparaît dès lors que l'on s'intéresse au *numerus clausus* des sûretés exclusives, la majorité se prononçant cette fois en faveur de son inexistence. Ce hiatus ne laisse pas d'étonner...

535. En matière de sûretés préférentielles, le principe se justifie par le particularisme très fort des sûretés réelles conventionnelles au sein du droit des contrats. Traduction de l'adage *res inter alios acta*, le principe de l'effet relatif contenu à l'article 1199 du Code civil interdit aux parties d'imposer des obligations aux tiers, tout comme il empêche ces derniers de réclamer l'exécution du contrat¹. La situation des tiers ne peut donc être ni améliorée, ni dégradée par la conclusion d'un contrat. La solution est totalement différente en matière de sûretés réelles : ainsi qu'il l'a été dit de manière imagée, ces garanties sont « *profondément dérogoires à l'article 1165* [nouvel article 1199 du Code civil] »². Il ne s'agit évidemment pas d'affirmer que les sûretés réelles imposent des obligations aux créanciers concurrents subissant la rupture d'égalité – bien que cela soit vrai, après la transmission du bien grevé, vis-à-vis du tiers acquéreur faisant face au droit de suite³ –, mais plutôt de considérer que leurs intérêts sont nécessairement lésés par la constitution d'une sûreté réelle.

536. La valeur du bien qui est réservée à titre préférentiel au titulaire de la sûreté ne peut ainsi profiter aux autres créanciers du débiteur. Elle est comme retirée du périmètre de leur droit de gage général, ce qui légitime l'existence du *numerus clausus* des sûretés traditionnelles. Un créancier et son débiteur ne peuvent contrevenir au principe d'égalité des créanciers, posé à

¹ C'est bien le sens de l'adage romain, v. H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, 3^e éd., 1993, p. 383, ainsi que F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, n° 670, p. 745.

² Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 117 bis, p. 182. V. également J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXI, 1981, n° 80, p. 66 : « *parce qu'il comporte un droit de préférence, le droit réel va encore produire des « ondes obligatoires » au-delà du cercle des parties. La convention qui établit une hypothèque va nuire aux tiers d'une façon que la simple opposabilité du contrat n'explique pas : celle-ci permet simplement d'expliquer que les autres créanciers de celui qui s'oblige doivent respecter le droit créé par le contrat, comme le nouveau créancier doit respecter les droits des autres ; mais l'opposabilité du contrat ne permet pas d'expliquer que l'un passe avant les autres* », ou encore G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. III, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd. par Ph. Jestaz, 1987, n° 8, p. 12 : « *le législateur s'est [...] réservé le maniement de ces droits parce que, par définition, ils « nuisent » aux tiers (au sens où l'entend l'art. 1165 C. civ.)* ».

³ V. *supra*, n° 364 et s.

l'article 2285 du Code civil, que dans les conditions prévues par la loi¹. Dans le cas contraire, l'intérêt des tiers ne serait pas suffisamment protégé. Le droit québécois s'oriente aussi en ce sens, la jurisprudence reliant clairement la limitation de la liberté de création des sûretés réelles au respect du principe d'égalité des créanciers². La portée du *numerus clausus* se révèle alors dans sa plénitude : s'agissant de sauvegarder l'égalité des créanciers, rien n'empêche un créancier de s'entendre avec ses concurrents afin d'être payé le premier ou avec un tiers pour qu'il lui paye ce que lui doit le débiteur³. Dans ces hypothèses, les tiers renoncent d'eux-mêmes à la protection conférée par la loi. Il est en revanche impossible de leur ôter ce bouclier sans que la loi ne le prévoie et sans leur consentement. Ainsi, la préservation de l'intérêt des tiers suppose l'existence d'un *numerus clausus* des sûretés réelles. L'on comprend alors que la question du *numerus clausus* des droits réels est bien différente⁴, dans la mesure où l'intérêt des tiers n'est pas en cause.

537. Existence du *numerus clausus* des fiducies. Bien que le *numerus clausus* soit pleinement reconnu en matière de sûretés préférentielles, les auteurs se prononçant en faveur de son existence sont extrêmement minoritaires lorsqu'il s'agit d'aborder la question du caractère limitatif des « sûretés-proprétés ». Au contraire, la doctrine majoritaire estime possible pour les parties de recourir en toute hypothèse au droit de propriété afin de garantir le

¹ En ce sens, entre autres, C. Aubry et C. Rau par P. Esmein, *Droit civil français*, T. III, Libraires techniques, 7^e éd., 1968, §258, n° 84, p. 153 : « *les privilèges et hypothèques ayant pour effet de modifier la règle générale d'après laquelle les biens du débiteur forment le gage commun de ses créanciers, les dispositions légales qui les établissent, ou qui en autorisent la constitution, doivent être interprétées d'une manière restrictive* » ; *Cours de droit civil français*, T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, Rousseau et C^{ie}, 2^e éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, 1948, n° 247, p. 249 ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 260 et s., p. 251 et s., spé. n° 271, p. 261 : « *le droit des sûretés réelles place les volontés sous tutelle légale* » ; C. Larroumet et B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, n° 54, p. 36 ; P. Voirin, n. sous Civ., 30 novembre 1951, *D.* 1952. 121, col. de droite.

² CA Montréal, 26 août 2009 « *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert* », n° 25 : « *Abstraction faite de situations proprement exceptionnelles, on ne peut, en droit civil, créer de sûreté sui generis. Les biens d'un débiteur sont le gage commun des créanciers, et cette règle s'applique à tous, sauf cause légitime de préférence* ».

³ C. Gijsbers, « *Défense d'un numerus clausus des sûretés réelles* », in L. Andreu (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2015, n° 14 et s., p. 241 et s.

⁴ Les commentateurs du premier arrêt « *Maison de Poésie* » ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, v., par ex., L. D'Avout et B. Mallet-Bricout, obs. précitées, n° 24 : « *tandis que le droit réel de jouissance de la chose s'épanouit hors de tout contentieux dans les relations bilatérales de son titulaire et du propriétaire, la sûreté réelle remplit principalement sa fonction en cas de défaillance du propriétaire, dans les rapports multilatéraux avec les créanciers de ce dernier. En cette matière, la liberté de création des droits n'aurait donc pas la même signification puisque, à la limite, elle impliquerait que la convention des parties confère au créancier bénéficiaire de la sûreté un droit inédit de nuire aux créanciers chirographaires. Il est donc possible que les articles 2323, 2329 et 2373 du code civil aient un destin différent de celui accordé au vieil article 543 : tandis que celui-ci est considéré ne pas limiter la variété des droits réels admissibles, il est possible que ceux-là se voient reconnaître un caractère d'ordre public avec cette conséquence que seule la loi aurait le pouvoir de consacrer une sûreté réelle nouvelle* » (c'est nous qui soulignons), ainsi que J. Dubarry et M. Julienne, obs. précitées, n° 8 et s.

paiement d'une créance¹. Le *numerus clausus* s'appliquerait ainsi uniquement aux techniques de rupture d'égalité entre les créanciers reposant sur le droit de préférence, laissant les droits exclusifs se développer sans limites. M. Mignot propose une explication très intéressante de cette position en se fondant sur l'incohérence du droit français des sûretés réelles : selon cet auteur, « *le système juridique français consacre deux systèmes parallèles dont la raison est très différente voire contradictoire. Les sûretés réelles traditionnelles sont entourées par une norme prohibitive. Elles relèvent effectivement d'un numerus clausus mais limité dans son champ d'application. A côté se trouve un autre système relatif au droit de rétention et aux sûretés-propriétés qui s'inscrit quant à lui dans un cadre pleinement permissif. Le législateur français n'a pas disqualifié le droit de rétention conventionnel ou les sûretés-propriétés en sûretés traditionnelles. Bien au contraire, il a organisé la coexistence des deux ensembles et le libre choix entre l'un et l'autre* »². Il est effectivement indéniable que les sûretés exclusives sont essentiellement nées de la pratique et que le législateur n'est intervenu que récemment pour réguler leur croissance. Il est également certain que leur développement irraisonné a sapé la cohérence du droit des procédures collectives³, qui forme avec le droit des sûretés un couple indissociable. Il est toutefois discutable de se fonder sur l'incohérence du système afin de promouvoir une règle de nature à le rendre encore plus illisible...

538. En effet, il ne nous semble pas acceptable d'affirmer de but en blanc que les « sûretés-propriétés » et les sûretés réelles traditionnelles, reposant sur des techniques différentes, doivent obéir à des régimes totalement dissemblables. Derrière les différences techniques apparentes se dissimulent en réalité un très grand nombre de points communs⁴ qui devraient justifier un traitement au moins partiellement équivalent. C'est ainsi que le *numerus*

¹ V., par ex., A. Aynès, « La fiducie-sûreté par et hors les textes », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 41, n° 12 ; L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 85, pp. 65-67 ; L. D'Avout et B. Mallet-Bricout, obs. précitées, n° 24 ; G. Marty et P. Raynaud par Ph. Jestaz, *op. cit.*, n° 8, p. 12 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 258, p. 225. V. également, opposé à toute forme de *numerus clausus*, C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, n° 31, p. 548 : « dans un système de liberté des conventions, d'autonomie de la volonté, dans un système juridique non clos par une interdiction de créer un concept nouveau ou d'utiliser des moyens connus à des fins nouvelles, comment pourrait-on admettre une règle telle que « pas de sûreté sans texte » ? [...] Que la force légale soit nécessaire pour remplacer le consentement dans le privilège, cela se conçoit sans peine. En revanche cette force légale est inutile là où la volonté humaine peut tenir lieu de loi à ceux qui y ont consenti. Les sûretés réelles sont de création contractuelle libre ».

² M. Mignot, « Le *numerus clausus* et les sûretés réelles », in L. Andreu (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2015, n° 24, p. 217. Rapp. M. Grégoire, « Rapport belge – Les nouvelles fonctions de la propriété », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Vietnamiennes, T. LIII, Société de Législation Comparée, 2006, n° 67, p. 359.

³ Sur ce constat et la formulation de propositions de réformes, v. *infra*, n° 749 et s.

⁴ V., *supra*, n° 49 et s.

clausus devrait s'appliquer de la même manière que l'on soit en présence d'une sûreté préférentielle ou exclusive. Dans les deux hypothèses, il s'agit bien de rompre l'égalité entre les créanciers au profit du titulaire de la sûreté. Il y a donc bien atteinte aux intérêts des tiers en raison du retrait d'une valeur de leur droit de gage général, et ce sur le fondement de l'affectation exclusive du bien à la garantie du paiement de la créance du titulaire de la sûreté. Dans la mesure où ce sont essentiellement les autres créanciers du constituant de la sûreté exclusive qui subissent les effets de sa constitution, le *numerus clausus* doit s'appliquer avec la même vigueur : pas de fiducie-sûreté sans texte¹ ! On pourrait même se demander s'il ne devrait pas développer ses effets avec plus de vigueur encore, les titulaires de droits de préférence – et non les seuls chirographaires – étant également lésés par la création d'un droit exclusif²... En tout état de cause, en cas d'apparition d'un nouveau bien, il devrait être interdit aux parties de procéder à son aliénation fiduciaire sans recourir aux formes des articles 2011 et suivants du Code civil, soit de la fiducie-sûreté avec patrimoine d'affectation. Une simple remise du bien aux fins de garantie ne peut valoir que gage ou nantissement selon que le meuble est corporel ou incorporel, et seulement si les conditions de validité et d'opposabilité de la sûreté sont remplies. Dans le cas contraire, si le constituant de la sûreté venait à contester son existence en justice, il devrait pouvoir en obtenir la nullité. Il faut y voir la conséquence de l'inexistence d'une fiducie-sûreté de droit commun dans notre système juridique³.

¹ En ce sens, N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009, n° 268 et s., p. 259 et s., pour lequel, si le *numerus clausus* ne concernait initialement que les cas dans lesquels les créanciers sont véritablement en concours au sens technique du terme, il faut réinterpréter cette règle à l'aune des art. 2329 et 2373 C. civ. ; C. Gijsbers, « Défense d'un *numerus clausus* des sûretés réelles », art. précité, n° 17 et s., p. 244 et s. Cette solution est aussi retenue en droit OHADA, l'art. 79 de l'AUS révisé de 2011 disposant que « *La propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes, aux conditions prévues par la présente section* ». En réalité, le *numerus clausus* trouve également à s'appliquer en matière de réserve de propriété, ce qui étend son domaine à l'ensemble des garanties réelles. La réserve de propriété aussi manifeste ses effets à l'égard des tiers, lorsque le débiteur-acquéreur permet à un tiers d'acquiescer un droit sur le bien grevé ou lorsqu'il le revend – la garantie se reportant alors sur le prix –, ce qui est appelé à se produire fréquemment dans la mesure où il est en principe autorisé à disposer du bien dans le cadre de son activité professionnelle habituelle, v. *supra*, n° 90, ainsi que C. Atias, « La propriété est-elle la meilleure solution ? », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, Cah. dr. ent., 1995/5, n° 6, p. 45 : « la garantie de paiement fondée sur la conservation de la propriété présente l'inconvénient majeur de ne pas comporter de conséquences sensibles sur celui qui l'accorde, mais de reporter ses effets sur les créanciers du débiteur ». Cette question a toutefois perdu tout intérêt pratique depuis que le Code civil reconnaît expressément la possibilité de constituer une réserve de propriété tant mobilière qu'immobilière (v. les art. 2329 et 2373 C. civ.). De même, la rédaction de l'art. 2286 C. civ. ne laisse aucun doute sur l'existence d'un *numerus clausus* des droits de rétention.

² Dans le même ordre d'idées, v. C. Gijsbers, th. précitée, n° 363, p. 365 et s. ; M. Julienne, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, n° 347, p. 251 ; Ph. Van Steenlandt, th. précitée, n° 157, pp. 125-126 : « Comment admettre [...] qu'il soit interdit aux parties de donner naissance à une sûreté ne conférant qu'un droit de préférence, malgré avantage pourrions-nous dire, et, dans le même temps, leur reconnaître la faculté de créer une sûreté conférant au créancier une situation d'exclusivité ? Il n'y a rien de plus préférentiel que de dispenser totalement un créancier de la loi du concours ».

³ En ce sens, N. Borga, th. précitée, n° 279 et s., p. 270 et s., spé. n° 284, pp. 275-276.

539. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la jurisprudence la plus récente sur la question s'est développée à propos de la cession de créance de droit commun à titre de garantie, requalifiée en simple nantissement de créance en raison de l'absence de texte offrant la possibilité de constituer une telle sûreté¹. Ce n'est que la prochaine réforme du droit des sûretés qui offrira aux parties le droit de recourir à une telle figure². De même, l'existence du gage-espèces, souvent agité comme une oriflamme derrière laquelle se regroupent les opposants au *numerus clausus*, ne témoigne pas d'une liberté de création totale des sûretés réelles. Il faut déjà rappeler que la jurisprudence validant cette création de la pratique l'a avalisée en se référant à la notion de gage et que, lorsque l'ordonnance du 23 mars 2006 a créé un régime légal pour le gage de choses fongibles, elle a en réalité institué sans le dire une nouvelle fiducie-sûreté innommée. Enfin, la pratique bancaire continuant à recourir à un gage-espèces sans forme, il est très probable que la prochaine réforme du droit des sûretés consacre un régime légal du gage-espèces *stricto sensu*³. C'est dire que la tendance générale de l'époque est à la restriction de la place des volontés individuelles en matière de constitution des sûretés réelles exclusives.

540. Vers la consécration d'un principe de *numerus clausus* des garanties réelles. On pourrait nous opposer que la pratique n'a que faire de la règle éminemment théorique que constitue le *numerus clausus*, du fait du développement des fiducies-sûretés hors des textes, voire de l'utilisation du chèque de garantie, sûreté véritablement *contra legem*⁴. Il ne faut toutefois pas se laisser abuser par l'existence de ces garanties : il s'agit d'exceptions au principe général, de simples tolérances que la jurisprudence peut révoquer du jour au lendemain. Le

¹ Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ.* IV, n° 250, p. 275 (n° 05-16395) : « en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance ».

² V. toutefois Com., 17 juin 2020, n° 19-13153, qui semble laisser une cession de créance de droit commun à titre de garantie produire ses effets, sans requalification, décision dans laquelle M. Mignot voit « une amorce de changement de cap » (*JCP G* 2020, 1037). Toutefois, devant la confusion des faits et la difficulté à comprendre ce que la Cour de cassation a réellement voulu dire, nous sommes davantage de l'avis de M. Ansault, lequel estime qu'il n'y a pas grand-chose à tirer de cette décision, v. *BJS* oct. 2020, p. 45 et s.

³ Ce à quoi la pratique bancaire n'est d'ailleurs pas nécessairement opposée, v. T. Samin, « Réforme du droit des sûretés et activités bancaires : aspects intéressants la banque de détail », *RDBF* sept. 2018, dossier 29, n° 26 et s. Sur tous ces points, v. *supra*, n° 236 et s.

⁴ L'art. L. 131-31 CMF indique ainsi clairement que « le chèque est payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite ». Pour autant, dans la mesure où la jurisprudence admet que l'absence de provision d'un chèque au moment de son émission n'a aucune conséquence sur sa validité, on en déduit que le chèque de garantie est pleinement valable, quoique le bénéficiaire puisse l'encaisser à la date de son choix, même si son montant dépasse celui de la créance garantie, v. Civ. 1^e, 6 janvier 2011, n° 09-71400.

spectre de la disqualification plane sur les garanties qui ne sont pas consacrées par les textes¹ et, au-delà, l'inopposabilité ou la nullité de la garantie constituée si elle n'obéit qu'imparfaitement au régime de la sûreté réelle la plus proche reconnue par les textes. Afin de renforcer la cohérence du droit des sûretés, poursuivre dans la voie du rapprochement des sûretés préférentielles et exclusives et faire comprendre aux praticiens les limites de ce qui est permis, l'on pourrait imaginer consacrer un principe indiquant, sur le modèle du deuxième alinéa de l'article 4 de l'Acte uniforme révisé portant organisation du droit des sûretés de l'OHADA, que « *sauf disposition légale contraire, les seules sûretés réelles qui sont valablement constituées sont celles qui sont prévues par la loi. Elles consistent dans l'affectation préférentielle ou exclusive d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* »². La clarification de cette règle permettrait également une simplification du droit international privé des sûretés réelles, qui l'a beaucoup employée dans sa « chasse » aux sûretés étrangères inconnues.

541. Numerus clausus des sûretés réelles et droit international privé. Lorsqu'une situation juridique présente un élément d'extranéité, l'un des devoirs les plus importants qui incombent au juriste de droit international privé consiste à déterminer la loi applicable si plusieurs lois nationales paraissent avoir vocation à régir le rapport juridique en cause. Les choses sont apparemment simples en matière de sûretés réelles, la doctrine quasi-unanime se prononçant en faveur de l'application de la *lex rei sitae*, la loi de l'Etat du lieu de situation du bien, afin de déterminer tant les conditions de validité que les conditions d'opposabilité de la sûreté³. Cela apparaît si évident que certains auteurs considèrent que l'application de la loi réelle fait partie des règles communes à toutes les sûretés réelles, et donc de leur droit commun potentiel⁴. A y regarder de plus près, pourtant, la situation n'est pas si simple. Il faut également

¹ Cette inquiétude se retrouvait par exemple dans le droit de la cession Dailly avant que la loi bancaire du 24 janvier 1984 ne prévoie expressément que la nouvelle cession pouvait être utilisée aux fins de garantie, v. C. Gavalda et J. Stoufflet, « La loi du 24 janvier 1984 », *JCP* 1985. I. 3176, n° 44. V. également A. Couret, H. Le Nabasque *et alii*, *Droit financier*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2019, n° 1403 et s., p. 1104 et s., évoquant le risque d'une requalification de la vente avec faculté de rachat « financière », ce qui pourrait conduire à l'annulation de l'opération.

² Le texte de l'Acte Uniforme révisé indique que « *sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles qui sont valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation* ».

³ Le raisonnement vaut également pour la clause de réserve de propriété, si l'on en croit l'exemple du droit suisse, v. F.-E. Klein, « La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP* 1979, n° 5, p. 516 et s.

⁴ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 363, pp. 366-367.

ménager une place à la loi de la source de la sûreté conventionnelle, dont on enseigne traditionnellement qu'elle régit les conditions de formation du contrat ainsi que ses effets personnels, alors que la *lex rei sitae* régit ses effets réels, et même à la loi nationale des parties qui régit les questions de capacité. Par ailleurs, il faut prendre en compte la possibilité d'une application cumulative de la loi du contrat et de la loi réelle sur certaines questions, ainsi que la vocation de la *lex rei sitae* à constituer une loi de police et, par le fait même, évincer l'application de la *lex contractus*¹.

542. Toutefois, c'est au stade de la détermination des effets de la sûreté mobilière conventionnelle étrangère en France que les problèmes majeurs se posent². En effet, en cas de conflit mobile, lorsque le bien grevé d'une sûreté valablement constituée à l'étranger est déplacé en France, l'application de la loi réelle – qui préserve les intérêts des tiers en leur permettant de se reposer sur l'apparence³ – risque de ruiner la sécurité du créancier étranger. La jurisprudence exige tout d'abord, pour reconnaître la sûreté réelle constituée à l'étranger, qu'elle corresponde à l'un des types de sûretés connus du droit français⁴. C'est ici que le *numerus clausus* joue son rôle, restreignant les cas dans lesquels la garantie sera maintenue malgré le déplacement du bien. Des arrêts célèbres ont ainsi refusé d'admettre la validité de fiducies-sûretés ou de clauses de réserve de propriété au motif que le droit français ne connaissait pas de telles figures⁵, ce qui contrevenait au principe du *numerus clausus*⁶, leur valant d'être « *en quelque sorte rejetées par*

¹ Sur tous ces points, v. M.-E. Ancel, « Sûretés réelles en droit international privé », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, mai 2019, n° 290-41 et s. ; B. Audit et L. D'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8^e éd., 2018, n° 958 et s., p. 791 et s. ; D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, T. 2, PUF, 4^e éd., 2017, n° 671 et s., p. 67 et s. ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, LGDJ, 12^e éd., 2019, n° 673 et s., p. 471 et s.

² La fixité de l'immeuble prévient en effet le risque de conflit mobile.

³ M. Cabrillac, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP* 1979, n° 5, pp. 489-490 : « la sécurité des transactions et du crédit [...] postule que les prérogatives qu'une personne peut exercer sur un bien mobilier soient celles qu'admet et que régit la loi du lieu où se trouve ce bien [...] Permettre d'opposer un droit réel inconnu de la loi du lieu de situation actuelle ou permettre de l'opposer alors qu'il ne s'est pas manifesté dans les conditions localement requises reviendrait à subordonner la sécurité de toute opération sur un meuble à une enquête sur ses origines, le plus souvent impossible à mener ; enquête dont l'exploitation demanderait éventuellement la connaissance d'une, voire de plusieurs lois étrangères ».

⁴ V. not. M. Attal, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, préf. S. Poillot-Peruzzetto, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 13, 2005, n° 349 et s., p. 177 et s.

⁵ Req., 24 mai 1933 « *Kantoor de Maas* », S. 1935. I. 257, n. H. Batiffol ; Civ. 1^e, 8 juillet 1969 « *société DIAC* », *JCP* 1970. II. 16182, n. H. Gaudemet-Tallon ; Civ. 1^e, 3 mai 1973, *Bull. civ.* I, n° 143, p. 127 (n° 70-13383). Les juges ont requalifié les « sûretés-proprétés » constituées à l'étranger en gage renfermant un pacte commissaire prohibé ou en gage sans dépossession, de ce fait inopposable aux tiers. Sur l'analyse de ces décisions, v. G. Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, préf. H. Batiffol, Economica, 1984, n° 78 et s., p. 63 et s., ainsi que n° 122 et s., p. 100 et s.

⁶ V., analysant les décisions de 1933 et 1969 de cette manière, M. Attal, th. précitée, n° 275, p. 147 : « il semble [...] que la seule raison valable ayant conduit à repousser l'application des principes classiques en matière de sûretés mobilières conventionnelles réside dans ce que la compétence de la loi ancienne pourrait conduire à importer des formes juridiques inconnues en France.

l'ordre juridique receveur comme un greffon, une transplantation forcée d'organes étrangers »¹.

543. Afin de résoudre ce problème, il a été proposé de recourir de manière générale à la loi d'autonomie, l'application de la loi de la source de la sûreté conduisant à ne pas sacrifier les intérêts du créancier d'origine². Pour autant, on doute qu'il s'agisse de la panacée dans la mesure où la détermination de la *lex contractus* n'est pas toujours chose aisée et que, par un mouvement de balancier, ce sont les intérêts des tiers de l'Etat de situation du bien qui sont cette fois lésés³. On peut d'autant plus douter du fait que ce renversement des conceptions constitue la solution idoine en raison des évolutions récentes du droit français. Depuis la réforme du 23 mars 2006 – admettant notamment la validité du pacte comissoire – et les lois subséquentes consacrant la fiducie-sûreté dans le Code civil, l'éventail des sûretés s'est considérablement élargi et la jurisprudence devrait assez facilement reconnaître l'équivalence entre la sûreté étrangère et une figure connue du droit français⁴. Restent quelques hypothèses éparses qui ne peuvent s'insérer dans les catégories juridiques du for, telles que la *floating charge*, sûreté générale d'origine conventionnelle⁵, ou les clauses de réserve de propriété

Appliquer la loi « ancienne » serait contraire à la sécurité des tiers ». Comp., tirant argument du particularisme des sûretés réelles, bien qu'il s'oppose à l'existence d'un *numerus clausus* des sûretés réelles, L. D'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006, n° 513, p. 676 : « la reconnaissance des sûretés étrangères achoppe en réalité sur un obstacle directement lié à leur fonction particulière et à leur contexte de prise d'efficacité, bien plus que sur un prétendu barrage sécuritaire généralement dressé par l'ordre juridique de situation. En effet, les sûretés réelles visent à mettre le créancier en position de réalisation privilégiée de son droit de créance en cas d'insolvabilité du débiteur ; et c'est précisément à ce titre que l'ordre juridique de situation peut intervenir de manière prohibitive, non pour protéger abstraitement les tiers, mais pour encadrer objectivement les préférences conventionnelles dans les situations pathologiques d'insolvabilité ».

¹ K. Kreuzer, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *RCDIP* 1995. 465. Comp. H. Motulsky, « De l'impossibilité juridique de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *RCDIP* 1948, n° 16 et s., p. 464 et s., rejetant la possibilité de constituer un *trust* de droit français en raison de la dénaturaison de l'institution qui en résulterait.

² V. H. Gaudemet-Tallon, n. précitée et, surtout, G. Khairallah, th. précitée, n° 205 et s., p. 181 et s., où l'auteur insiste notamment sur le fait que la compétence exclusive de la loi d'autonomie permettrait de chasser l'irritante question de la distinction des questions personnelles et réelles et de mettre fin à l'inextricable conflit mobile. V. également M. Attal, th. précitée, n° 303 et s., p. 159 et s., proposant de donner une part plus importante à la loi réelle d'origine et non à celle de la situation actuelle du bien.

³ En ce sens, M. Attal, th. précitée, n° 186, p. 105, ainsi que n° 210 et s., p. 116 et s., ainsi que H. Batiffol, n. précitée, qui oppose « la loi réelle, loi de sécurité » à la loi d'autonomie, « loi de souplesse et d'incertitude » (p. 260).

⁴ M.-E. Ancel, « Sûretés réelles en droit international privé », art. précité, n° 290-71 ; M. Farge, « La réception en France des sûretés constituées à l'étranger », in N. Borge et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 6 et s., p. 76 et s. V., même avant la réforme, L. D'Avout, th. précitée, n° 521, p. 685 et s.

⁵ En effet, les sûretés conventionnelles demeurent soumises au principe de spécialité, bien qu'il ait été fortement assoupli en 2006, v. *supra*, n° 294 et s. Le droit français connaît des garanties générales, mais seulement d'origine légale : il s'agit des privilèges légaux, sur lesquels v. *infra*, n° 901 et s. Comp. toutefois F. Dahan, « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *JDI* 2, 1996, spé. p. 392 et s. et 399, estimant que la figure du nantissement de fonds de commerce peut servir de réceptacle à l'accueil de cette garantie en France.

prolongées et élargies¹. Ne faudrait-il pas, pour ces situations exceptionnelles, recourir à une convention internationale fixant un droit matériel uniforme² ? On a pu émettre des réserves quant à la possibilité d'harmoniser tout le droit international privé des sûretés réelles en suivant cette méthode³, mais il ne nous semble pas qu'il soit malvenu de s'en servir afin de faciliter la reconnaissance à l'étranger de sûretés aux caractéristiques extrêmement particulières. Toujours est-il que l'application de la *lex rei sitae* devrait effectivement constituer la règle de conflit de principe en cas de déplacement d'un bien grevé de sûreté d'un Etat étranger vers la France. Notre système est désormais assez accueillant pour ne pas remettre en cause les droits des créanciers garantis à ce stade.

544. Opposabilité de la sûreté et application de la *lex rei sitae*. Il faut cependant relever que, même si la jurisprudence devait s'avérer plus conciliante avec la reconnaissance de la sûreté étrangère qu'elle n'a pu l'être tout au long du XX^e siècle, cela ne concerne que l'existence de la garantie. La reconnaissance de ses effets va continuer à poser les mêmes problèmes, dans la mesure où l'application de la *lex rei sitae* suppose l'accomplissement des formalités de publicité préconisées par la loi française afin d'assurer son opposabilité aux tiers situés en France. A défaut, seule l'existence de la sûreté sera reconnue et non ses effets, ce qui présente très peu d'intérêt pour le créancier étranger. Celui qui est informé de la destination du bien et sait qu'il sera amené, tôt ou tard, à franchir la frontière française, pourra prendre ses dispositions et effectuer la formalité de publicité nécessaire le moment venu. En revanche, dans l'hypothèse où le bien est déplacé à l'insu du créancier, l'absence de publicité dans les conditions prévues par le droit français constitue un obstacle dirimant à l'efficacité de la sûreté étrangère. On ne peut se résoudre à imposer aux tiers les effets d'une restriction de leurs droits dont l'existence leur est inconnue. Qu'il y ait un élément d'extranéité ou non, la protection des tiers doit nécessairement passer par l'accomplissement de formalités de publicité qui les mettent en

¹ L'hypothèse est évoquée par J.-P. Scarano, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété », *RTD Com.* 1990, 535, n° 49 et s.

² Il est ainsi possible de s'inspirer de la convention d'Unidroit du 16 novembre 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, accessible à l'adresse <https://www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/convention-du-cap>.

³ M. Attal, th. précitée, n° 37 et s., p. 33 et s. ; M. Cabrillac, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », art. précité, n° 28, p. 504. *Contra*, se prononçant en faveur de l'unification faute de méthodes d'harmonisation satisfaisantes, K. Kreuzer, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », art. précité.

mesure de déterminer à tout instant l'état patrimonial du débiteur. Le droit international privé joue ici le rôle de révélateur des défaillances du droit français de la publicité des sûretés réelles¹.

B) L'opposabilité des sûretés réelles

545. Droit commun de l'opposabilité des sûretés réelles. L'étude de la publicité des sûretés réelles nécessite une précision terminologique. Il est établi de longue date que tout droit ou tout acte juridique est opposable aux tiers dès sa constitution² – c'est-à-dire qu'*ab initio*, les tiers sont tenus de les respecter, sans qu'ils ne leur imposent d'obligations positives pour autant. Cependant, selon la distinction exposée par Duclos, cette opposabilité n'est que virtuelle. Le législateur peut exiger d'une des parties l'accomplissement d'une formalité de publicité afin qu'elle devienne efficiente³. Le défaut d'accomplissement d'une telle formalité, dite de

¹ M. Attal, th. précitée, n° 277, p. 148 : « *la critique du rattachement à la lex situs conduit à se focaliser sur ce que le régime français de publicité mobilière ne donne pas entière satisfaction* » ; M. Cabrillac, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », art. précité, n° 27, pp. 503-504 : « *le diagnostic porté sur la valeur en France de la sûreté mobilière sans dépossession constituée à l'étranger ne peut être que pessimiste, surtout lorsqu'il est appliqué aux sûretés d'origine contractuelle. Force est bien de constater que la présence du meuble en France ne laisse au créancier que peu de chances de bénéficier de la garantie qu'il s'était ménagée. Si justifiées qu'en soient les raisons, le phénomène ne va pas sans susciter le malaise ; on se résigne mal à l'élément d'insécurité qu'il introduit dans le commerce international et la logique et l'équité ne se satisfont guère de l'effet de purge que peut produire le franchissement de la frontière* » ; M. Farge, « La réception en France des sûretés constituées à l'étranger », art. précité, n° 28 et s., p. 91 et s. Pour des propositions de réforme du droit de la publicité des sûretés réelles, qui produiraient des effets positifs en matière de droit international privé, v. *infra*, n° 822 et s., ainsi que n° 849 et s.

² C.-T. Barreau-Saliou, *Les publicités légales – Information du public et preuve des actes*, LGDJ, 1990, n° 7, p. 10 : « *Les éléments juridiques sont, en effet, opposables d'emblée et ils ne peuvent être déchus de cette opposabilité que dans les cas prévus par la loi* » ; J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXIX, 1984, n° 20 et s., p. 45 et s. ; J.-L. Goutal, th. précitée, n° 42, p. 41.

³ J. Duclos, th. précitée, n° 7, p. 29 et s. : « *L'opposabilité apparaît comme une qualité juridique autonome dont en principe tous les faits, actes, droits ou situations sont doués [...] Si l'opposabilité est toujours virtuelle en ce sens que théoriquement tous les éléments juridiques en bénéficient, elle n'est pas pour autant efficiente dans tous les cas ; pratiquement l'intérêt supérieur du tiers peut, le cas échéant, justifier l'inopposabilité de l'élément nuisible. La protection des tiers ne relève donc pas du principe d'opposabilité, mais de la mise en œuvre de celle-ci, c'est-à-dire du respect de conditions sanctionnées positivement par l'opposabilité* » ».

publicité « confortative »¹, est sanctionné par l'inopposabilité de l'acte aux tiers². Son opposabilité demeure virtuelle et ses effets ne peuvent s'appliquer à leur égard, ce qui leur permet de se comporter légitimement comme si cet acte n'existait pas. L'on comprend alors aisément l'importance que revêt l'accomplissement des formalités de publicité en matière de sûretés réelles. Certes, une sûreté réelle non publiée n'est pas totalement dépourvue d'effets : l'emprise que le créancier bénéficiaire exerce sur les biens affectés au paiement de sa créance force le constituant à conserver l'assiette de la sûreté et lui permet de bénéficier de procédures d'exécution forcées spécifiques, plus efficaces et rapides que celles de droit commun. Pour autant, l'objectif cardinal poursuivi par la constitution de la sûreté réelle, la rupture d'égalité entre les créanciers du constituant au stade de la distribution du produit de la vente des biens grevés, ne peut être atteint. L'inopposabilité de la sûreté se traduit concrètement par le maintien de l'égalité des créanciers et, donc, à la stagnation des chances de paiement du bénéficiaire. L'observation vaut tout autant en matière de droit de suite, car il est impossible d'agir contre un tiers à la dette initiale sans qu'il n'ait eu les moyens de s'informer sur son existence. L'organisation d'un système de publicité complet et facilement accessible conditionne donc l'efficacité du droit de suite³. Il est très juste d'affirmer, comme le faisait Becqué, que

¹ C.-T. Barreau-Saliou, *op. cit.*, n° 6, p. 9 ; H. de Lestelley, *De la publicité des hypothèques en droit français*, th. Grenoble, Imprimerie Maisonneville et Fils, 1879, p. 148 : « il faut cependant bien se garder de confondre l'inscription, instrument de publicité, avec l'hypothèque elle-même. L'hypothèque a une existence indépendante de l'inscription, qui la suppose valablement établie ; ce qui donne naissance à l'hypothèque, ce n'est pas la formalité de l'inscription, mais bien la convention, le jugement ou la loi ; aussi, le débiteur ne pourrait en aucun cas invoquer le défaut d'inscription ; et vis-à-vis de lui le titre constitutif conserverait toute sa valeur, alors même que l'inscription serait déclarée nulle pour quelque vice de forme, alors même que le créancier l'aurait laissé périmer. L'inscription ne peut pas, à son tour, rendre efficace une hypothèque dont l'acte constitutif serait nul. Mais à l'égard des tiers, elle est seule capable de faire produire son effet à l'hypothèque, seule elle fixe le rang entre les créanciers ». Nous utilisons ce terme dans son sens le plus classique de mesure de publicité à accomplir sous peine d'inopposabilité de l'acte aux tiers. D'autres préfèrent parler de publicité « constitutive » dans la mesure où le droit de préférence et le droit de suite ne peuvent naître sans l'accomplissement de cette formalité, v. G.-B. Battur, *Traité des privilèges et hypothèques*, T. 3, 2^e éd., 1823, n° 387, p. 12 : « l'hypothèque a été véritablement constituée par l'inscription » ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 285 et s., p. 279 et s. L'on retrouve les termes du débat posé par Flour, et il convient de reconnaître que la distinction des publicités confortative et constitutive est ici « artificielle, dès lors que l'objet du contrat est de transférer ou de constituer un droit dont le propre est d'être opposable à tous [...] pour un [tel] contrat [...], il revient au même de pas exister ou d'être inopposable » (J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – études offertes à Georges Ripert*, T. I, Pichon et Durand-Auzias, 1950, n° 10, p. 102).

² Ce qui rend proprement incompréhensible la sanction du défaut d'inscription d'un nantissement de fonds de commerce (art. L. 142-4, al. 1 C. com.) et d'un « nantissement » de matériel et d'outillage (art. L. 525-3, al. 2 C. com.) par la nullité de l'acte. Elle est inappropriée dans la mesure où la publicité s'adresse aux tiers, alors que la nullité anéantit l'acte même entre les parties., v. C.-T. Barreau-Saliou, *op. cit.*, n° 6, p. 8 et s. ; Ph. Théry, « Les sanctions en droit des sûretés – Entre cycles politiques et désordres techniques », in C. Chainais et D. Laszlo-Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, vol. 1, 2012, n° 39, p. 287. Le législateur a rectifié son erreur initiale en matière de gage de stocks : il serait bien inspiré d'en faire de même à propos des deux sûretés restantes.

³ V. *infra*, n° 817 et s.

l'inscription de la sûreté la « *vivifie* »¹. Il n'en demeure pas moins que certaines garanties d'une importance pratique considérable, et notamment la clause de réserve de propriété, sont occultes, ce qui implique de se poser la question de savoir s'il ne faudrait pas la soumettre à une obligation de publicité. Il convient toutefois, dans un premier temps, de limiter notre étude aux sûretés sans dépossession² d'ores et déjà soumises à publicité.

546. Indifférence de la connaissance effective de l'existence de la sûreté par les tiers.

Si l'accomplissement de la formalité de publicité a pour but de porter l'existence de la sûreté à la connaissance des tiers, que décider lorsque la garantie n'a pas été publiée mais que le tiers qui souhaite se prévaloir de son inopposabilité en possède une connaissance effective ? Pour déterminer si la présomption d'ignorance de l'acte non publié par les tiers est irréfragable, il faut trancher le débat entre la conception objective et la conception subjective de la publicité légale³. Dans l'hypothèse où le premier membre de l'alternative serait choisi, le caractère mécanique de la publicité devrait conduire à reconnaître que la présomption d'ignorance est irréfragable, ce qui impliquerait que seul le concert frauduleux entre le tiers et l'une des parties puisse tenir en échec l'inopposabilité de l'acte. A l'inverse, en matière de conception subjective, l'accent est mis sur le but de la publicité légale bien plus que sur son support : dans ce cas, à partir du moment où l'information est parvenue au tiers, l'on estime que l'acte doit lui être opposable, ce qui revient à sanctionner la simple mauvaise foi⁴. La jurisprudence, rendue d'abord en matière hypothécaire, a pris le contre-pied de la position dominante du droit positif

¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, *Les sûretés réelles*, LGDJ, 2^e éd. par E. Becqué, 1953, n° 758, p. 709. V. également C.-T. Barreau-Saliou, *op. cit.*, n° 158, p. 108 ; J.-J.-M. Chaumet, *Des hypothèques conventionnelles au point de vue du droit de préférence*, th. pour la licence, Rennes, Oberthur et Fils, 1872, p. 39 : « nous avons vu dans nos deux premiers chapitres quelles conditions de formes étaient nécessaires pour constituer une hypothèque. L'hypothèque ainsi constituée existe, mais elle est pour ainsi dire inanimée ; elle ne peut produire aucun effet. Il lui manque encore un élément essentiel pour qu'elle soit efficace, c'est la publicité » ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 285 et s., p. 279 et s. : « les sûretés ne sortent, contre les tiers qui sont les principales cibles de l'institution, aucun de leurs effets tant que la publicité n'est pas accomplie. Aussi une sûreté soumise à publicité qui ne serait pas inscrite ne servirait à rien (ou presque) : elle ne serait qu'un « fantôme » ».

² Hors de ce domaine, c'est précisément la dépossession qui joue le rôle d'une publicité. En revanche, « les sûretés réelles sans dépossession ne s'extériorisent par aucune maîtrise tangible sur le bien, aucun signe ostensible » (C. Gijsbers, th. précitée, n° 280, p. 271).

³ Sur cette distinction, v. J. Duclos, th. précitée, n° 406, p. 420 et s. ; M. Gobert, « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 248, se prononçant en faveur de la conception objective dans le domaine de la publicité foncière : « la publicité foncière n'a pour raison d'être que celle d'assurer la sécurité des transactions et cette finalité ne peut être satisfaite que par le jeu de mécanismes automatiques ».

⁴ Cette présentation, pour classique qu'elle soit, demeure un peu artificielle. Il est rare que la « mauvaise foi » invoquée soit autre chose d'un véritable concert frauduleux, v. J. Duclos, th. précitée, n° 407, p. 421 et s., ainsi que R. Savatier, n. sous Req., 6 avril 1925 et Civ., 7 décembre 1925, *DP*. 1926. 1. 185, spé. p. 186 : « distinguer entre la simple mauvaise foi du second acheteur et un concert frauduleux, c'est poursuivre le vide, car, par définition, cette mauvaise foi s'unit nécessairement, dans la seconde vente, à celle du vendeur qui viole son premier engagement, et une telle conjonction de mauvaises fois, qu'est-ce donc, sinon le concert frauduleux que l'on condamne ? ».

et de la doctrine. Elle a en effet affirmé à plusieurs reprises son attachement à la conception objective de la publicité légale des sûretés réelles, permettant aux tiers de se prévaloir du défaut d'inscription de la sûreté en pleine connaissance de son existence.

547. Là où la loi et la jurisprudence relatives aux aliénations immobilières successives se fondent clairement sur l'équivalence de l'accomplissement de la formalité légale de publicité et de la connaissance effective de l'acte par les tiers afin de tenir en échec l'inopposabilité des actes juridiques¹, la Cour de cassation a insisté à plusieurs reprises sur le fait que l'inscription de la sûreté réelle dans les conditions prévues par la loi en constitue le seul mode d'opposabilité aux tiers², la connaissance personnelle qu'ils pouvaient en avoir par ailleurs étant dépourvue d'effets. Certains critiquent cette ligne jurisprudentielle de façon très virulente, estimant que les juges ruinent la cohérence du droit de la publicité légale³. Nous ne sommes pas de cet avis, la solution nous paraissant solidement fondée sur le particularisme des sûretés réelles.

548. La nécessité d'une publicité rigoureuse des sûretés réelles. La connaissance de l'acte non publié ne peut pas avoir la même valeur en matière d'aliénation de la propriété d'un immeuble et d'affectation en garantie d'un bien au paiement d'une dette, parce que les droits concernés ne sont pas de même nature. Alors que celui qui décide d'acquérir un bien dont il sait qu'il est déjà vendu à un tiers démontre sa mauvaise foi – il ne peut ignorer que ses agissements auront pour conséquence de priver le premier acquéreur négligent de ses droits –, celui qui constitue une sûreté réelle en second mais l'inscrit avant le premier créancier n'est pas nécessairement de mauvaise foi. Il peut ne pas avoir conscience de causer un préjudice au

¹ Civ. 3^e, 22 mars 1968 « Vallet », *Bull. civ.* III, n° 129, solution consacrée par la suite dans le Code civil, malgré quelques péripéties jurisprudentielles, à son article 1198, lequel dispose que « lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ».

² En matière d'hypothèque, v. Civ., 27 mars 1849, *S.* 1849. I. 509 (l'espèce concerne l'acquéreur d'un immeuble ayant pris connaissance de l'existence de l'hypothèque par les stipulations de l'acte de vente, alors que l'inscription était nulle faute d'indication de l'époque d'exigibilité de la créance garantie) ; Civ., 4 février 1918, *S.* 1918-1919. I. 47 : « le défaut de renouvellement en temps utile équiva[u]t à l'absence d'inscription, et la connaissance personnelle que les tiers ont obtenue d'une hypothèque ne p[eu]t suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité » ; Civ. 3^e, 17 juillet 1986, *Bull. civ.* III, n° 1189, p. 93 (n° 85-11627) : « la circonstance, à la supposer établie, que [les tiers acquéreurs] aient eu une connaissance personnelle des prêts consentis par la banque et des sûretés les ayant garantis, ne pouvait suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité ». La solution a été étendue au gage automobile, v. Civ. 1^e, 3 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n° 298, p. 207 (n° 94-12557) : « le droit du créancier gagiste n'est opposable aux tiers qu'à dater de l'inscription de gage ».

³ C.-T. Barreau-Saliou, *op. cit.*, n° 248, p. 170 : « l'incohérence et l'incertitude du droit de la publicité légale, que nous dénoncions au début de cet ouvrage et auxquelles nous avons tenté de remédier, trouvent en la circonstance une illustration paroxystique qui montre les limites des possibilités d'ordonnement de la matière juridique par le chercheur face à l'entêtement du juge et à l'opiniâtreté de ses errements ».

premier créancier. Tout d'abord, le défaut d'inscription d'une sûreté peut avoir d'autres causes que la simple négligence du créancier, contrairement à la situation rencontrée en matière de transmission de la propriété des biens. Le bénéficiaire de la sûreté peut notamment donner mainlevée de l'inscription après le paiement volontaire du débiteur ou même y renoncer : à quoi bon tenir compte de la connaissance qu'un tiers pourrait avoir d'une sûreté dont le créancier ne veut se prévaloir¹ ? En outre, il faut bien comprendre que la constitution d'une pluralité de sûretés sur un même bien n'est pas une situation constitutive d'un cas de conflit de droits : si le cumul de deux droits de propriété sur le même bien est une aberration juridique, le cumul de deux sûretés est juridiquement possible – ce n'est que du point de vue économique que le conflit se déclarera, si la valeur du bien est insuffisante pour désintéresser intégralement les deux bénéficiaires². Considérer la connaissance de la première sûreté par le deuxième créancier comme un équivalent de l'accomplissement de la formalité de publicité légale ne paraît pas adapté alors que le préjudice subi par le premier créancier n'est susceptible de survenir que dans certaines hypothèses.

549. Dans notre matière, ce ne sont pas les tiers « de mauvaise foi » qu'il faut punir, mais bien le créancier qui a tenté d'imposer par malice, ou laissé exister par maladresse, une cause de rupture d'égalité occulte avec ses concurrents. Dans la mesure où les sûretés réelles sont essentiellement dirigées contre les tiers, par la diminution de la valeur entrant dans l'assiette de leur droit de gage général, il est parfaitement logique d'être plus exigeant avec le créancier : pas de rupture d'égalité sans publicité légale ! Un créancier concurrent ne doit pas apprendre au jour de la distribution du prix de vente d'un bien de son débiteur qu'il sera devancé par le

¹ En ce sens, Ph. Théry, *op. cit.*, n° 395 *ter*, p. 458. V., déjà, G. Boissonade, « Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaires », *Revue pratique de droit français*, 1870, n° 55 et s., p. 574 et s.

² B. de Bertier-Lestrade, *Le conflit d'actes juridiques en droit privé*, préf. L. Rozès, PUAM, 2003, n° 932, pp. 484-485 : « celui qui achète un bien qu'il sait déjà vendu à autrui sait pertinemment que les deux actes de vente sont juridiquement incompatibles et qu'ils ne pourront jamais recevoir cumulativement exécution, le préjudice est donc certain et la mauvaise foi de celui qui en a conscience établie. Au contraire, lorsqu'un créancier souscrit, en connaissance de cause, un acte constitutif d'hypothèque à propos d'un bien déjà hypothéqué, les deux actes ne sont pas juridiquement incompatibles, ils risquent de l'être économiquement si la valeur du bien est insuffisante mais le préjudice n'est pas certain, ni systématique », ce qui implique que la connaissance de l'existence d'une sûreté « n'établit pas systématiquement la mauvaise foi de son auteur, puisque le préjudice d'inexécution n'est pas certain et qu'il est moins le fait du tiers que de l'insolvabilité du débiteur. En outre, le créancier hypothécaire n'est pas en faute, puisqu'il ne souscrit pas un acte illicite ou juridiquement incompatible. Sa connaissance de l'acte concurrent ne suffit donc pas à fonder son éviction, ni sa responsabilité ». V. également G. Boissonade, « Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription », art. précité, n° 54, p. 574 : « il n'y aucune incompatibilité de droit (nous ne parlons pas des avantages de fait), entre deux créances hypothécaires, ou entre une créance hypothécaire et le droit de propriété du tiers acquéreur » ; C. Gijssbers, *th. précitée*, n° 280, p. 272 et s., ainsi que n. 5, p. 282.

bénéficiaire d'une sûreté occulte. Le tiers acquéreur d'un bien grevé de sûreté conférant un droit de suite ne doit pas découvrir au jour de l'action du bénéficiaire d'une sûreté occulte qu'il n'a pas acquis une propriété libre de charges. Ces tiers disposant de moyens de défense qu'ils ne peuvent mettre en œuvre que s'ils sont informés de l'existence de la sûreté dès sa constitution¹, il revient au créancier de leur permettre de les utiliser, sous peine de ne pouvoir invoquer ses prérogatives à leur encontre. L'« arme » du créancier est neutralisée lorsque les tiers ont été privés, par son fait exclusif, de la possibilité de lui opposer leur « bouclier »². Ces considérations touchent aux grands équilibres de la matière, et ne peuvent être contrebalancées par des éléments de pur fait tels que la connaissance, par hasard, de l'existence de la sûreté³. Enfin, en ce qui concerne spécifiquement les sûretés réelles préférentielles, M. Crocq a bien mis en lumière les absurdités d'un classement fondé sur la connaissance que chacun des créanciers peut posséder des droits de ses concurrents⁴. Il faut donc approuver la jurisprudence affirmant que seul l'accomplissement des formalités légales de publicité peut rendre une sûreté réelle opposable aux tiers⁵.

550. Extension de la solution aux crédits-bails. L'on peut se demander si l'explication vaut également dans le domaine des garanties exclusives. Il faut retarder l'étude des fiducies-

¹ Pour le créancier, il s'agit de la prise d'une sûreté de rang inférieur sur le même bien pour primer les chirographaires, ou d'une garantie sur un autre bien. Pour le tiers acquéreur, il s'agit, bien entendu, de la faculté de purge, v. *supra* n° 372 et s.

² Comp. G.-B. Battur, *op. cit.*, n° 384, p. 10 : « où est le principe de droit, d'équité, qui peut autoriser le préjudice grave porté à des tiers par l'impression invisible d'un droit réel, qui n'est accompagné d'aucune possession, d'aucun fait ostensible, à la quelle ils ne peuvent plus ni parer ni porter remède ? », ou encore A. Deffis, *Du droit de suite des créanciers hypothécaires*, th. Paris, Imprimerie Cerf, 1868, p. 24 : « Le droit de suite doit tout d'abord puiser la vie dans la formalité essentielle de l'inscription. Il ne peut entrer en lutte comme un droit hypocrite qui surprend ceux qu'il attaque ».

³ En ce sens, S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques – Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 388, 2003, n° 113, p. 112 et s., qui estime que la jurisprudence étudiée déroge au droit commun, bien plus accueillant avec la connaissance personnelle que les tiers peuvent avoir de l'acte occulte, en raison de considérations tenant à la « sécurité juridique », laquelle s'entend essentiellement dans un objectif de protection des tiers contre les conséquences de l'insolvabilité du débiteur (n° 121, p. 131).

⁴ P. Crocq, « Opposabilité, publicité et connaissance des droits », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, n° 31 et s., p. 308 et s. Cette seule justification devrait suffire à écarter l'équivalence de l'accomplissement de la formalité de publicité et de la connaissance de l'acte par les tiers que l'on retrouve pourtant dans le régime de plusieurs nantissements sur propriétés intellectuelles. Si trois créanciers sont titulaires de tels nantissements, qu'ils n'ont pas tous publié leurs droits et qu'ils ne sont pas tous informés par ailleurs de l'existence des autres sûretés, le conflit devient inextricable. Il faudrait donc modifier cette règle dans le régime du nantissement de brevets d'invention, contenue dans l'art. L. 613-9, al. 2 CPI, applicable par renvoi au nantissement de produits semi-conducteurs (art. L. 622-7, al. 1 CPI) ainsi qu'au nantissement de certificats d'obtention végétale (art. L. 623-24, al. 2 CPI). La même remarque vaut à propos de l'art. L. 513-3, al. 2 CPI en matière de dessins et modèles et de l'art. L. 714-7 CPI s'agissant des marques. On pourrait imaginer que l'alinéa 2 de ces articles dise la chose suivante : « Toutefois, avant son inscription, un acte est opposable aux tiers qui ont acquis des droits après la date de cet acte, mais qui avaient connaissance de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits. Cette exception ne vaut pas pour les actes d'affectation en garantie d'un brevet/d'un dessin ou d'un modèle/d'une marque ».

⁵ Une sûreté occulte constitue en effet « une monstruosité dans notre législation ; [...] bien plutôt une mutilation du droit des tiers, qu'un droit réel imprimé sur la propriété du débiteur, en faveur d'un créancier » (G.-B. Battur, *op. cit.*, n° 384, p. 10). V. également P. Crocq, « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective », *RPC* nov.-déc. 2009, dossier 18, n° 17.

sûretés innommées et de la clause de réserve de propriété, qui sont des sûretés occultes¹. La ligne jurisprudentielle a-t-elle vocation à s'appliquer au cas où une fiducie-sûreté avec patrimoine d'affectation ne serait pas publiée ? Dans la mesure où les formalités de publicité sont ici sanctionnées par la nullité de l'acte, les situations dans lesquelles l'acte de fiducie existerait mais serait simplement inopposable aux tiers sont réduites à la portion congrue²...

551. La question se pose donc essentiellement à propos des contrats de crédit-bail, garantie pour laquelle les principes de solution sont fixés dans la loi. En effet, en matière de crédit-bail immobilier, les articles R. 313-12 et R. 313-13 du Code monétaire et financier renvoient purement et simplement aux textes relatifs à la publicité foncière... des droits autres que les privilèges et hypothèques³. On a beaucoup critiqué ce renvoi mal à propos, duquel découlerait une conséquence absurde : les tiers bénéficiant de l'obligation de publicité sont les ayants cause du crédit-bailleur et non ceux du crédit-preneur, l'opération de crédit-bail étant assimilée à un bail, ce qui suppose de protéger ceux qui tirent leurs droits du propriétaire du bien⁴. Il faudrait alors modifier les textes du Code monétaire et financier, afin de renvoyer aux articles 2426 et suivants du Code civil, la fonction de garantie du crédit-bail impliquant un traitement équivalent à celui de l'hypothèque. A la réflexion, pourtant, la situation actuelle

¹ Sur l'opportunité d'imposer aux vendeurs une obligation de publicité des clauses de réserve de propriété sous peine d'inopposabilité, v. *infra*, n° 553 et s. Il faut toutefois noter que le droit allemand, friand de fiducies-sûretés, se satisfait parfaitement de leur caractère occulte, v. F.-X. Licari, « Les principales sûretés réelles du droit allemand : fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.) *Lamy droit des sûretés*, oct. 2017, n° 523-25.

² En matière immobilière, cela relèverait du cas d'école : il faudrait donc imaginer la constitution de deux fiducies-sûretés sur le même immeuble dans le même mois, ce qui paraît hautement improbable au vu de la complexité de l'opération. En matière mobilière, le contrat de fiducie doit être enregistré à peine de nullité dans un service des impôts, et également dans le registre national des fiducies institué par le décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies », sans qu'une sanction ne soit déterminée. Le nombre de tiers autorisés à consulter ce registre vient d'être augmenté par le décret n° 2020-118 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, les articles 3 et 4 du précédent décret ayant été abrogés. Pour autant, le traitement de ces données continue à avoir pour finalité de « centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme » (art. 1 du décret de 2010). On voit donc mal comment les tiers pourraient se servir du défaut d'inscription pour demander l'inopposabilité de l'acte. Rapp. Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière – A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, doctr. 132, n° 8 : « le législateur paraît avoir fait son deuil d'un registre national des fiducies – cette arlésienne ! – doté d'une véritable fonction de publicité ».

³ Il est en effet renvoyé aux art. 28 et 37 du décret du 4 janvier 1955 quant aux formalités de publication et à son art. 30 pour la fixation de la sanction du défaut d'inscription.

⁴ Sur ce problème, v. entre autres, M. Dagot, « La publicité au bureau des hypothèques des contrats de crédit-bail immobilier », *JCP N* 1985, 9418, n. 17, affirmant que les tiers à protéger sont les « créanciers commerciaux de l'utilisateur. C'est là l'une des sources de la confusion actuelle : en utilisant la technique de la publicité foncière pour l'opération de crédit-bail, les rédacteurs du décret de 1972 ont perdu de vue que ceux qui sont essentiellement en cause ne sont pas les tiers au sens habituel de la publicité foncière (D. 4 janvier 1955, art. 30) mais les tiers au sens des créanciers d'un commerçant. Sans doute, existe-t-il des recoupements, en particulier lorsque la masse de la faillite a fait inscrire son hypothèque légale, mais pas toujours. Il n'en demeure pas moins que la technique (extension des règles de la publicité foncière) a occulté le fondement de l'exigence légale (lutter contre l'apparence pour protéger les créanciers commerciaux) » ; C. Gijssbers, th. précitée, n° 371, p. 378 et s.

n'apparaît pas si gênante. Les critiques doctrinales procèdent d'une assimilation un peu excessive du crédit-bail immobilier au crédit-bail mobilier. Dans cette deuxième hypothèse, une publicité calquée sur celle des sûretés réelles traditionnelles est nécessaire dans le but de protéger le crédit-bailleur contre les conséquences de l'article 2276 du Code civil. Mais qui a intérêt à ce que le contrat de crédit-bail immobilier soit publié ? C'est le crédit-preneur, dans l'optique d'éviter de se trouver désavantagé dans le concours l'opposant aux autres créanciers du crédit-bailleur défaillant, qui peuvent bénéficier d'hypothèques. On comprend alors que ces contrats ne soient jamais publiés, les sociétés de crédit-bail étant des établissements financiers, souvent des filiales des établissements de crédit, dont le bilan comporte souvent un actif très important et peu de dettes... Le crédit-bailleur, lui, n'a rien à craindre du fait de la publication de son titre d'acquisition de l'immeuble au service de la publicité foncière.

552. En matière de crédit-bail mobilier, l'on peut déplorer que l'article R. 313-10 du Code monétaire et financier consacre un principe d'équivalence de l'inscription effectuée au greffe du tribunal de commerce compétent et de la connaissance que les tiers peuvent avoir de l'opération, ce qui conduit à sanctionner leur mauvaise foi. Si la solution est intellectuellement insatisfaisante, dans la mesure où les garanties soumises à publicité devraient toutes obéir au même régime, ses conséquences pratiques sont toutefois assez faibles. En effet, cette règle trouve une limite d'une importance considérable dans le fait que la jurisprudence de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation impose que, dans le cadre des procédures collectives, l'intégralité des créanciers du crédit-preneur aient connaissance du contrat de crédit-bail non publié pour permettre son opposabilité à la procédure¹, la connaissance individuelle ne pouvant suffire dans une matière où la gestion collective de la pénurie est essentielle. Il semblerait donc plus cohérent de chercher à harmoniser la matière des garanties réelles en posant clairement le principe que « *les formalités de publicité légale imposées à peine d'inopposabilité d'une garantie réelle ne connaissent pas d'équivalent* », et donc d'abroger la dernière proposition de l'article R. 313-10 du Code monétaire et financier². Il faut réaliser l'unité des sûretés préférentielles et des garanties exclusives sur ce point : dans les deux situations, la relativité des

¹ V. *infra*, n° 652 et s.

² « *Si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées aux articles R. 313-4 à R. 313-6, l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits* ».

conventions est fortement battue en brèche en raison de l'atteinte portée aux droits des créanciers concurrents, atteinte encore plus grave en matière de droits exclusifs. En raison du lien organique qui unit les principes de relativité et d'opposabilité des conventions, il est parfaitement justifié que plus l'acte porte atteinte aux droits des tiers, plus le système juridique soit exigeant quant à l'accomplissement des formalités de publicité légale. Il semble donc cohérent que toutes les garanties réelles soumises à publicité ne puissent être opposables aux tiers que dans les conditions prévues par la loi, sans équivalent possible. Une atteinte conventionnelle occulte au principe de l'égalité des créanciers n'est pas acceptable.

553. L'opposabilité de la clause de réserve de propriété. Reste enfin la question lancinante de la publication de la réserve de propriété mobilière, qui revient épisodiquement sur le devant de la scène. Les tiers qui contractent avec l'acheteur ne sont-ils pas fondés à connaître la consistance exacte de son patrimoine ? Réciproquement, les droits du vendeur réservataire ne seraient-ils pas mieux assurés si les tiers possesseurs de bonne foi – et notamment le créancier gagiste – ne pouvaient lui opposer l'article 2276 du Code civil pour tenir sa garantie en échec ? Le débat a opposé Houin et Derrida au début des années 1980¹ et s'est soldé par la victoire du second sur le premier, la clause de réserve de propriété étant actuellement opposable aux tiers sans publicité. Il suffit qu'elle soit convenue par écrit entre les parties, au plus tard au moment de la livraison du bien grevé². La seule formalité de publicité est à finalité comptable et fiscale, puisque l'acquéreur est tenu de faire figurer les marchandises à une ligne distincte de son actif³. Au vu de la finalité de la formalité, il est impossible de conclure à autre chose qu'à sa nature purement informative. Dans une telle hypothèse, la sanction ne peut être que l'engagement de la responsabilité civile ou pénale de l'acquéreur ou des tiers chargés de vérifier la sincérité de ses comptes⁴. Par ailleurs, on parviendrait mal à comprendre que la négligence de l'acheteur ait pour conséquence l'anéantissement des droits

¹ V., favorable à la publicité confortative de la clause de réserve de propriété, R. Houin, « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP* 1980. I. 2978, spé. n° 5 et n° 18 ; en sens inverse, opposé à l'édiction d'une formalité de publicité à peine d'inopposabilité, F. Derrida, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980. chron. XLI, p. 293 et s.

² Art. L. 624-16, al. 2 C. com.

³ Art. 3, al. 3 de la loi du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente. Le droit français est assez isolé sur ce point en Europe, seul le droit danois se prononçant également en faveur d'une publicité comptable, v. J.-P. Scarano, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété », art. précité, n° 11 et s.

⁴ C.-T. Barreau-Saliou, *op. cit.*, n° 2, p. 3 ; J. Duclos, th. précitée, n° 343, p. 363 et s. ; F. Derrida, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », art. précité, n. 64, p. 301.

du vendeur. On mesure encore une fois à quel point la métaphore du « *billet de loterie gratuit* »¹ est justifiée : le vendeur bénéficie d'une garantie très efficace malgré l'absence de publicité... sauf si un tiers, par exemple le gagiste avec dépossession de bonne foi, acquiert un autre droit exclusif sur la marchandise vendue. Or, lorsque l'on connaît la position jurisprudentielle extrêmement favorable à la dépossession avec entierement à domicile², on ne peut qu'imaginer le nombre de conflits appelés à se déclarer entre gagistes et réservataires, titulaires tous deux de droits occultes, ce qui réduit à néant la garantie conférée par la réserve de propriété.

554. Quel que soit le thème étudié, l'idée revient donc comme un leitmotiv : le pullulement des droits exclusifs n'est pas un facteur de sécurité, bien au contraire. Faut-il favoriser la publicité de la réserve de propriété afin de permettre au vendeur d'opposer ses droits au gagiste, constitué de mauvaise foi ? Ou bien faut-il ne rien changer, ce qui ruine la sécurité des vendeurs ? Dans l'immédiat, seule la deuxième option est concevable. Comme le disait Derrida, « *quel travail s'il avait fallu publier toutes les clauses de réserve de propriété ! La sur-information est aussi néfaste que la sous-information* »³. Cette garantie est si utilisée qu'elle finit par être victime de son succès, le nombre de transactions financées grâce à sa constitution empêchant toute publicité, sous peine d'entraver le commerce des meubles en raison du coût

¹ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 851, p. 634.

² En pratique, dans la plupart des cas, le constituant conclut un contrat de prêt à usage avec le tiers détenteur, qui appose ensuite des panneaux sur les locaux loués pour avertir les tiers de l'existence du gage et un cadenas pour empêcher l'entrée libre dans les locaux. Par la suite, aux termes d'une « délégation de préposé » qui constitue un contrat de mandat, un ou plusieurs salariés du constituant sont chargés par le tiers convenu de s'occuper des biens grevés au quotidien. Le constituant est alors matériellement dépossédé de ses biens puisqu'il ne peut plus en disposer comme bon lui semble, tout comme il en est juridiquement dépossédé dans la mesure où le tiers détenteur peut s'opposer au déplacement des biens. Sur tous ces points, v. J.-F. Quiévy, « De la dépossession entre les mains du créancier gagiste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 4 et s., p. 528 et s., ou encore R. Roblot, « Les sûretés mobilières sans déplacement », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à Georges Ripert*, T. II, LGDJ, 1950, n° 9 et s., p. 369 et s. La jurisprudence admet facilement la validité de ce montage, v. Com., 26 septembre 2006, n° 05-12177, ainsi que Com., 12 janvier 2010, n° 08-17420. Encore faut-il que la possession *corpore alieno* du gagiste ne soit pas équivoque : dans une hypothèse où la manipulation des marchandises gagées était encore possible par tout salarié du constituant et où il était trop aisé d'y accéder en raison de l'absence de cadenas empêchant d'ouvrir la chaîne bloquant l'entrée de l'entrepôt, la Cour de cassation a décidé que la possession trop équivoque du gagiste l'empêchait d'opposer son droit de rétention au vendeur avec clause de réserve de propriété, v. Com., 8 avril 2015, n° 14-13787.

³ F. Derrida, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », art. précité, n. 62, p. 301. Rapp. F. Pérochon, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008, p. 56 et s., n° 59 : « *la publicité est facultative pour le propriétaire : le législateur a fait à mon avis un choix très judicieux et réaliste en conservant ce trait, qui laisse au propriétaire la maîtrise du degré de protection souhaité, en fonction de nombreux paramètres qu'il est bien placé pour apprécier (enjeu, durée de l'opération, identité du cocontractant, etc.). La très grande fréquence des opérations concernées ne laissait guère espérer, au demeurant, la mise en place d'un système de publicité obligatoire performant et utile, alors que le coût et les contraintes en auraient été considérables (sauf à fixer un seuil quantitatif très élevé, ce qui aurait limité les inconvénients mais non la rigidité du système)* ». Il faut tout de même relever que le droit suisse retient la position inverse, l'art. 715 du Code civil Suisse disposant que « *Le pacte en vertu duquel l'aliénateur se réserve la propriété d'un meuble transféré à l'acquéreur n'est valable que s'il a été inscrit au domicile actuel de ce dernier, dans un registre public tenu par l'office des poursuites* ».

prohibitif de l'ajout systématique d'une telle formalité¹. La conclusion s'impose à nouveau : il faut réhabiliter le droit de préférence, opposable uniquement selon les formes fixées par la loi, pour garantir la sécurité des créanciers et des tiers. L'intérêt des droits exclusifs disparaîtra alors comme il est venu, et les conflits insolubles avec lui. Il est en tout cas acquis que les sûretés réelles ne peuvent être rendues opposables aux tiers que si les formalités légales de publicité ont été accomplies. Il faudra cependant s'interroger plus tard sur leurs modalités concrètes d'accomplissement, le désordre affectant actuellement le droit des sûretés mobilières nécessitant une réforme d'ampleur².

555. Conclusion de la section 1. L'étude de la phase de constitution de la sûreté réelle révèle un enseignement essentiel : il faut impérativement distinguer deux ordres de rapports juridiques dès à présent afin de prendre la pleine mesure du particularisme de cette garantie. Dans un premier temps, il faut s'attacher à la constitution *stricto sensu*, c'est-à-dire à la relation unissant le créancier au constituant. L'on s'aperçoit assez rapidement que le principe dominant consiste à assurer la liberté du créancier. Ce dernier peut recourir à une promesse s'il le souhaite, ou bien simplement choisir une des multiples sûretés réelles contenues dans l'arsenal offert par le législateur. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles que la liberté du créancier reflue pour laisser place à la protection des intérêts du constituant. Le législateur intervient alors ponctuellement, pour forcer le créancier à demander la constitution d'une sûreté plutôt qu'une autre, ou pour désigner les biens qui doivent être grevés en priorité. Il ne s'agit toutefois que d'exceptions, ce qui se comprend très bien : la situation patrimoniale du constituant, contrairement à sa liberté de gestion, n'est pas véritablement obérée par la constitution d'une sûreté réelle. Elle s'analyse, sans conteste, comme un encouragement à l'endettement, mais ne constitue pas une cause d'endettement en elle-même. Il est alors tout à fait cohérent de constater l'inexistence d'un principe général de contrôle de la proportionnalité de la sûreté réelle à la date de sa constitution.

¹ On pourrait tout de même imaginer soumettre l'opposabilité des clauses de réserve de propriété portant sur les biens de plus grande valeur, ou ceux qui ont vocation à demeurer entre les mains de l'acquéreur, afin d'informer les tiers de l'existence des transactions les plus importantes. Le problème est globalement le même en matière de fiducies. Hors du cadre du Code civil, elles sont massivement utilisées et demeurent occultes, ce qui obère fortement la sécurité des dispensateurs de crédit. La fiducie-sûreté du Code civil pourrait être publiée à partir d'un montant garanti assez élevé (v. not. R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives d'avenir », in *Mélanges AEDBF-France V*, Banque éditeur, 2008, p. 144). Un changement de paradigme est cependant souhaitable en matière de fiducies innommées.

² V. *infra*, n° 822 et s., ainsi que n° 849 et s.

La dynamique est en revanche inversée lorsque l'on s'intéresse aux rapports liant le créancier aux tiers, qu'il s'agisse de ses concurrents ou des ayants cause du constituant. La liberté du créancier est alors très largement amputée. Par le *numerus clausus* des sûretés réelles, le législateur s'assure qu'il est impossible aux parties de créer une cause de préférence ou d'exclusivité qui ne soit pas prévue par les textes. Par l'obligation de procéder à une publicité de la sûreté suivant les formes légales, il force le créancier à faire parvenir l'information relative à la constitution de la sûreté de telle manière que les tiers intéressés connaissent son existence à coup sûr. Ce reflux de la liberté du créancier se comprend tout aussi bien : les tiers subissent de plein fouet les effets de la sûreté réelle et voient leur situation patrimoniale considérablement aggravée par sa constitution. La « légitimité » dont il est question à l'article 2285 du Code civil dévoile alors tous ses mystères : ce n'est pas autre chose que la prévisibilité de la sûreté pour les tiers¹. Prévisibilité générale d'abord, dans la mesure où il suffit de consulter la liste des sûretés existantes pour connaître l'ensemble des droits qu'un créancier est susceptible d'acquérir contre ses concurrents ou à l'égard d'un ayant cause du constituant. Prévisibilité spéciale ensuite, car ces tiers intéressés doivent détenir concrètement l'information relative à la constitution de la sûreté afin d'être capables de se défendre contre l'aggravation de leur situation patrimoniale. Il ne s'agit cependant que de la première étape de la vie de la sûreté : si elle est effectivement légitime, il faut encore que les parties coordonnent leurs efforts afin de préserver son efficacité tout au long de la période conservatoire, jusqu'à l'échéance de la créance garantie.

Section 2 : La phase conservatoire de la sûreté

556. Plan. Alors même qu'elle est tout aussi importante que les deux autres, la phase conservatoire de la sûreté réelle est souvent passée sous silence. Elle est pourtant fondamentale : suivant l'analyse de la sûreté réelle que nous retenons, une fois la sûreté constituée et jusqu'à

¹ V., déjà, J. Flour, *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, Les Cours de Droit, 1961-1962, pp. 35-36 : « C'est [...] une évidence que toute sûreté, par cela même qu'elle améliore la situation d'un créancier, empire celle des autres. Et, quand elle comporte le droit de suite, elle risque, en outre, de nuire aux tiers acquéreurs. Les uns et les autres ne doivent donc en subir les effets que dans la mesure où des dispositions légales strictement définies leur ont permis de le prévoir », ainsi que J. Valantin, *De la nature et des caractères généraux du droit d'hypothèque*, th. Toulouse, Typographie Troyes Ouvriers Réunis, 1860, p. 135 : « Comme pour le droit de suite, la condition vivifiante et indispensable du droit de préférence est aujourd'hui la publicité qui résulte de l'inscription des hypothèques : ce n'est en effet qu'autant qu'elles ont été rendues publiques que les hypothèques constituent une cause légitime de préférence ».

l'échéance de la créance garantie, le constituant est tenu d'une prestation de couverture, c'est-à-dire qu'il doit faire en sorte que la valeur de l'assiette de la sûreté ne diminue pas par son fait exclusif¹. La réciproque est vraie lorsque la sûreté est constituée avec dépossession, le créancier devant tout mettre en œuvre afin que le constituant soit en mesure d'obtenir la restitution des biens remis, ou de biens équivalents. C'est donc encore une fois d'équilibre qu'il est question, l'exercice des prérogatives du constituant et du créancier devant nécessairement être limité afin de respecter les droits du cocontractant sur les biens grevés.

Il arrive cependant que l'assiette de la sûreté soit modifiée durant la phase conservatoire, soit que les parties l'aient voulu, soit qu'un événement accidentel survienne. Le droit des sûretés a fait sienne la maxime « *mieux vaut prévenir que guérir* » et a prévu un certain nombre de mécanismes permettant au bénéficiaire de pouvoir compter sur sa garantie, bien que les éléments fondamentaux de l'opération aient changé. Par la règle spécifique de l'indivisibilité et le jeu extensif de la subrogation réelle, le créancier bénéficie de techniques propres à assurer l'efficacité de sa sûreté malgré les atteintes portées à la créance garantie ou à la consistance de l'assiette (§1). Malheureusement, ces mécanismes préventifs ne sont pas infaillibles et il peut arriver qu'une des parties au contrat de sûreté, ou un tiers, porte une atteinte irréparable à l'assiette de la sûreté, ruinant ainsi son utilité. Dans ce cas, seules les techniques curatives peuvent être employées, qui se réduisent à mettre en jeu la responsabilité civile ou pénale de l'auteur du dommage ou de l'infraction. Ces techniques sont toutefois dépourvues d'effet réel : elles permettent seulement la sanction de la personne fautive, non la reconstitution de l'assiette de la sûreté, ce qui explique leur piètre efficacité (§2).

§1) Le traitement préventif de l'inefficacité de la sûreté

557. Plan. Il peut arriver, à la suite d'un événement fortuit – le décès du constituant ou du bénéficiaire – comme d'un acte passé par l'une des parties – la cession d'une partie de la créance garantie ou la vente d'une portion d'un immeuble grevé d'une hypothèque –, que la créance garantie ou le bien grevé, initialement unitaires, soient ultérieurement divisés en portions entre les mains de plusieurs créanciers ou de plusieurs propriétaires. Fallait-il interdire

¹ V. *supra*, n° 341 et s.

les opérations sur créances garanties ou sur biens grevés de sûretés ? Assurément non, il se serait agi d'entraves inutiles au commerce juridique. Le droit des sûretés réelles est parvenu à une bien meilleure solution, qui consiste à décréter l'indivisibilité de la sûreté quand bien même la créance garantie ou le bien grevé seraient divisés. L'efficacité de la sûreté est donc intégralement maintenue malgré l'apparition, au cours de la phase conservatoire, d'une pluralité de créanciers réels ou de débiteurs réels (A).

Si l'indivisibilité est propre aux sûretés réelles, à l'inverse, la subrogation réelle est connue de diverses branches du droit. Toutefois, elle adopte dans notre matière une physionomie très particulière, dans la mesure où tant les parties que le législateur y ont recours de manière extensive. Il s'agit en effet d'un instrument parfaitement adapté au maintien d'une valeur malgré la disparition du bien qui la renfermait initialement. Les parties souhaitent conférer au détenteur des biens grevé davantage de liberté dans sa gestion ? Il suffit de stipuler une clause permettant de remplacer les biens composant l'assiette de la sûreté par des biens de valeur équivalente. Le bien grevé disparaît du fait de la survenance d'un événement fortuit ? Le droit du bénéficiaire doit être reporté *ipso jure* sur l'indemnité prenant la place de ce bien dans le patrimoine du constituant. La fonction conservatrice de la subrogation réelle permet donc à la fois d'améliorer la souplesse des sûretés réelles et de maintenir leur efficacité en cas de disparition fortuite de leur assiette (B).

A) *L'indivisibilité de la sûreté*

558. L'indivisibilité malgré la division de l'obligation. *Hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte*, disait Dumoulin. « Hypothèque ne se divise point », ajoutait Loysel¹. Derrière ces formules un peu obscures se cache en réalité une règle extrêmement favorable aux

¹ Formule plus ou moins reprise par l'art. 2393 C. civ., dont le deuxième alinéa dispose que l'hypothèque « est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles ».

titulaires de sûretés réelles¹, qui implique que la situation du créancier ne soit pas détériorée par la division de l'obligation garantie ou de l'assiette de sa sûreté².

559. L'indivisibilité malgré la division de la créance. Lorsque la créance garantie est divisée, par exemple en cas de décès du créancier bénéficiaire, l'indivisibilité de la sûreté permet à chaque créancier d'agir contre le débiteur pour le tout, sans avoir à restreindre ses poursuites à la portion de la créance qui lui a été transmise. Chacun des créanciers peut donc saisir seul le bien grevé et le faire vendre, quitte à répartir ensuite les fonds perçus avec ses cohéritiers. Il s'agit également de la situation dans laquelle le créancier garanti reçoit un paiement partiel : même dans l'hypothèse où le bien grevé est divisible – imaginons un gage ayant pour assiette un stock –, rien n'oblige le créancier à le restituer en partie, sauf clause contraire³. La règle a même été récemment appliquée à une cession Dailly⁴, preuve du domaine d'application large du principe d'indivisibilité, qui ne pose pas de difficultés particulières, sauf en matière de subrogation personnelle.

560. Comment, en effet, concilier la possibilité pour chacun des créanciers de saisir l'intégralité du bien grevé et la règle posée par l'adage *nemo contra se subrogasse censetur*, qui exprime l'idée que nul ne puisse subroger contre lui-même ? L'article 1346-3 du Code civil

¹ La règle est posée expressément en matière de gage et d'hypothèque, mais la totalité de la doctrine s'accorde pour affirmer qu'il s'agit d'une règle du droit commun des sûretés réelles, v. G. Marty et P. Raynaud par Ph. Jestaz, *op. cit.*, n° 46, p. 38, qui en font une « caractéristique des sûretés réelles » ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 450, p. 407 : « l'indivisibilité [est] le trait commun des droits réels de garantie ou, pour employer une formule plus générale, et, à notre avis, plus adéquate, de toute technique d'affectation d'une chose pour la sûreté ou pour la garantie d'une dette », ainsi que J. Souhami, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD Civ.* 2008. 27, n° 4 : « l'indivisibilité s'est [...] développée à l'ensemble des sûretés réelles et elle est présentée aujourd'hui comme un principe classique de cette discipline ». Cette solution est si certaine que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant propose de l'intégrer parmi les principes directeurs du droit des sûretés réelles, v. son art. 2326 : « La sûreté réelle est indivisible : elle subsiste en entier et sur tous les biens affectés jusqu'au complet paiement, nonobstant la division de l'assiette ou de la créance garantie ».

² En effet, seule la sûreté est indivisible du fait de la loi ; tant l'obligation garantie que le bien grevé peuvent, eux, être divisés, v. F. Laurent, *Principes de droit civil français*, T. XXX, Bruylant, 3^e éd., 1878, n° 175 et s., p. 156 et s.

³ Art. 2339 C. civ. pour le gage ; v., en matière de droit de rétention, Com., 16 juin 2015, n° 13-23097 et 13-23911.

⁴ La question qui se posait était celle de savoir si le cédant pouvait agir contre le débiteur cédé dans l'hypothèse où le montant de la créance cédée en garantie était supérieur à celui de la créance du cessionnaire sur le cédant. Après avoir répondu par l'affirmative dans un arrêt très critiqué (Com., 9 février 2010, *Bull. civ.* IV, n° 34 [n° 09-10119]), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu sa place au principe d'indivisibilité par sa décision Com., 18 novembre 2014, *Bull. civ.* IV, n° 168 (n° 13-13336) ; *Dr. et Patr.* oct. 2015, obs. A. Aynès et Ph. Dupichot ; *RTD Civ.* 2015. 185, obs. P. Crocq ; *RDC* juill. 2015, p. 516 et s., obs. M. Julienne, qui affirme « qu'en cas de cession à titre de garantie d'une créance professionnelle selon les modalités prévues par les articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier, seul le cessionnaire peut réclamer au débiteur le paiement total de la créance cédée, même lorsque son montant excède celui de la créance garantie, le cédant ne retrouvant ses droits à agir qu'après le remboursement intégral de la dette garantie ou la renonciation du cessionnaire à tout ou partie de la créance cédée ». Il s'agit véritablement du droit commun des sûretés réelles, comme le font remarquer les trois commentaires cités : la sûreté étant indivisible avant le paiement intégral de la dette, le créancier est fondé à demander le paiement intégral et à conserver les fonds remis par le débiteur cédé jusqu'à l'échéance de sa propre créance. V. également Com., 30 juin 2015, *Bull. civ.* IV, n° 833 (n° 14-13784).

propose une ébauche de réponse dans la mesure où il dispose que la formule qui veut que la subrogation ne puisse pas nuire au subrogeant signifie que ce dernier peut « *exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence* [au subrogé] ». Il faut également prendre en considération le fondement de la règle, qui est d'affirmer que, si le principe d'indivisibilité des sûretés réelles conduit à ce qu'un paiement partiel effectué par le débiteur ne diminue pas la garantie du créancier d'origine, il devrait en aller de même en présence d'un paiement réalisé par un tiers¹. L'on comprend alors qu'en cas de paiement partiel avec subrogation d'une créance garantie par une sûreté réelle, le principe d'indivisibilité commande de distinguer deux ordres de rapports juridiques. Vis-à-vis des tiers, dont la situation n'a pas à être améliorée par un paiement qui est effectué par un autre que le débiteur, le subrogé et le subrogeant viennent au même rang : le subrogé exerce véritablement les droits du créancier d'origine et doit donc primer les créanciers inscrits sur le bien après le subrogeant. En revanche, dans les rapports entre subrogé et subrogeant, l'article 1346-3 précité invite à mettre en place un classement interne au sein duquel le subrogeant prime le subrogé². De vieux arrêts ont déjà retenu cette solution³, conférant ainsi à la « *préférence* » mentionnée dans l'article du Code civil un sens littéral : le subrogeant occupe un rang préférable au subrogé lorsqu'ils exercent tous deux une action en paiement contre le débiteur.

561. L'indivisibilité malgré la division de la dette. En matière de droit des successions⁴, l'indivisibilité de la sûreté produit des effets particulièrement intéressants au profit de son

¹ En ce sens, J. Mestre, *La subrogation personnelle*, préf. P. Kayser, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLX, 1979, n° 573, p. 630 : « *si le paiement partiel était émané du débiteur lui-même ou d'un tiers qui n'aurait pas demandé la subrogation, le créancier aurait conservé sa sûreté intacte pour le surplus : le paiement avec subrogation ne doit pas modifier sa situation. A son égard, le paiement avec subrogation a seulement l'effet extinctif d'un paiement pur et simple* » ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n. 1, p. 1568.

² Comp. *ibid.*, n° 1492, p. 1568 : « *concrètement, par rapport à tous autres créanciers en concours avec eux, le créancier partiellement payé et le solvens sont concurremment investis des mêmes droits et viennent au même rang, mais dans les rapports entre eux priorité est laissée au subrogeant. Par rapport à lui, le solvens qui a acquitté partiellement la créance occupe, en quelque sorte, un rang bis* ».

³ V. J. Mestre, *th. précitée*, n° 591, pp. 644-645, ainsi que les arrêts cités : Civ., 20 mai 1878, *DP*. 1878. I. 427 : « *aux termes de l'art. 1252 c. civ., la subrogation au profit de celui qui a payé partiellement une créance ne peut nuire au créancier qui, n'ayant reçu qu'une partie de la dette, peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ; cette disposition est générale, et il n'y a aucun motif pour qu'elle cesse d'être applicable au cas de paiement partiel d'une créance garantie par deux sortes de privilèges dont l'un s'applique seulement à la partie de la créance qui a été payée, et l'autre à la totalité de la créance, et, par conséquent, à la partie qui reste due* » ; Civ., 23 mai 1883, *DP*. 1884. I. 180 : « *le paiement partiel de 18,386 fr. que les cautions solidaires ont fait sur la créance cautionnée a bien eu pour effet de les subroger, dans la mesure de ce paiement, aux droits des Consorts Ruello, mais cette subrogation n'a pu nuire auxdits créanciers, qui n'avaient point été intégralement remboursés, et qui ont conservé le droit, pour ce qui leur restait dû, d'être colloqués, par préférence aux cautions solidaires, dans l'ordre ouvert dans la distribution du prix des métairies de Ritord et de Pemprot* ».

⁴ Ou en ce qui concerne le partage de la communauté conjugale, v. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 1195, p. 580 et s. ; J. Souhami, « *Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles* », art. précité, n° 18.

bénéficiaire. Il faut se souvenir qu'en cas de pluralité de débiteurs pour une même dette, le droit des obligations pose un principe de division : chacun des codébiteurs n'est tenu envers le créancier commun que pour sa part et portion¹. Si une dette d'un montant de 1500 est divisée entre les trois héritiers du débiteur, chacun sera donc tenu de payer 500. Les choses changent lorsque le paiement de la dette était garanti par une sûreté réelle, l'article 873 du Code civil disposant que « *les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part successorale, et hypothécairement pour le tout* »². Dans l'hypothèse précédente, si la créance était garantie par une sûreté réelle quelconque, le créancier pourrait donc poursuivre l'héritier attributaire du bien grevé pour 1500, le laissant ensuite faire son affaire des recours à l'encontre de ses codébiteurs. Le créancier n'a donc pas à tenter autant d'actions qu'il y a de successeurs et n'a pas à subir les conséquences de l'insolvabilité de l'un des cohéritiers.

562. Il faut toutefois bien délimiter la spécificité de cette règle : elle ne joue qu'au stade de l'obligation à la dette et ne constitue pas une exception au principe de division des obligations conjointes³. Elle n'est que l'expression du particularisme irréductible de l'obligation réelle de garantie secrétée par la constitution d'une sûreté réelle. Là où l'obligation personnelle se divise de plein droit entre les différents débiteurs, l'obligation réelle se transmet avec le bien et ne se divise pas⁴. Le débiteur réel n'est pas libéré de son obligation à la dette tant qu'il n'a pas intégralement exécuté sa prestation. L'analogie avec le tiers acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté réelle est parfaitement correcte, du moins pour la portion de l'obligation réelle qui excède le montant de l'engagement personnel du débiteur : l'obligation personnelle

¹ Art. 1309, al. 1 C. civ. : « *L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales* ». Sur l'explication de cette règle, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 1382 et s., p. 1452 et s. En matière de droit des successions, v. M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017, n° 637 et s., p. 505 et s.

² La formule vaut également pour le légataire universel (art. 1009 C. civ.) et le légataire à titre universel (art. 1012 C. civ.).

³ En ce sens, C. Gijsbers, « La réalisation *post mortem* des sûretés », *JCP N* 2017. 1145, n° 16 : « *La formule [de l'art. 873 C. civ.] est heureuse, soulignant bien qu'il ne s'agit pas, contrairement à ce que l'on dit parfois et à ce qu'affirmait à tort l'ancien article 1221, d'une dérogation au principe de la divisibilité des dettes successorales entre les héritiers. L'attributaire du bien n'est pas poursuivi au-delà de sa part en vertu d'une action personnelle qui le viserait en tant que débiteur mais au nom de l'action hypothécaire que l'héritier subit en raison de sa qualité de propriétaire du bien hypothéqué* » ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 647, p. 513 : « *lorsque la dette est ainsi garantie par une hypothèque, on se trouve en présence, non pas d'une exception, mais d'un tempérament au principe de la division des dettes. Si, en effet, l'attributaire de l'immeuble hypothéqué peut-être « poursuivi » au-delà de sa part, c'est en qualité, non point de débiteur, mais de détenteur de l'immeuble : s'il est tenu pour le tout, ce n'est pas personnellement, mais hypothécairement* ».

⁴ L'art. 2349 C. civ. l'indique de manière très explicite en matière de gage.

continue à exister, divisée entre les cohéritiers, alors que l'obligation réelle oblige l'attributaire non seulement à payer sa part, mais également à payer la part de ses cohéritiers. Que le créancier obtienne le paiement volontaire de l'attributaire ou qu'il soit poussé à la mise en œuvre de l'exécution forcée sur le bien grevé, le débiteur réel se voit obligé de payer intégralement une dette dont la charge personnelle ne lui incombe que pour partie. Il est donc clair que la division des dettes n'est tenue en échec qu'au stade de l'obligation à la dette : elle revient au stade de la contribution à la dette par l'intermédiaire du recours du *solvens* contre les cohéritiers qui sont toujours tenus personnellement¹. L'opinion doctrinale qui prône la mise en place d'une procédure de purge au profit des héritiers nous paraît donc bien fondée, la proximité de leur situation avec celle du tiers acquéreur devant permettre une telle extension².

563. L'indivisibilité malgré la division de l'assiette. C'est enfin l'assiette de la sûreté elle-même qui est visée par le principe d'indivisibilité. Lorsque le créancier est titulaire d'une sûreté ayant plusieurs biens pour assiette, la jurisprudence lui reconnaît depuis longtemps la possibilité de faire valoir son droit sur n'importe lequel des biens grevés. Ce principe est exceptionnellement tempéré par le recours à la fraude ou à la théorie de l'abus de droit : celui qui mettrait en œuvre cette faculté de choix dans l'unique but de nuire aux tiers serait sanctionné³. Il semble en être ainsi lorsque tous les biens grevés sont vendus au cours de la même procédure d'exécution forcée : le créancier sera alors colloqué partiellement sur tous les biens qui étaient affectés à la garantie de sa dette, la réunion de toutes les collocations partielles lui permettant de recouvrer sa créance. De même, lorsqu'un seul bien est grevé de sûreté et qu'il est divisé en plusieurs portions, chacune d'entre elles continue à répondre de la dette pour le

¹ Ainsi que l'indique la deuxième proposition contenue dans l'art. 873 C. civ. : « *Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part successorale, et hypothécairement pour le tout ; sauf leur recours soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer* ». Ce n'est qu'une conséquence du caractère accessoire de l'obligation réelle du constituant par rapport à l'obligation personnelle, qui connaît plusieurs débiteurs dans la situation présente. Le créancier dispose d'autant de droits de poursuite chirographaires qu'il y a d'héritiers, et un droit de poursuite réel s'y ajoute grâce à la constitution de la sûreté. Toutefois, s'il opte pour la mise en œuvre de cette deuxième prérogative et est intégralement désintéressé, le principe de l'accessoire revient dans un second temps et sert à déterminer l'identité des débiteurs qui auront à supporter la charge définitive de la dette. L'indivisibilité ne profite qu'au créancier parce qu'elle exprime fondamentalement la dualité des droits de poursuite du bénéficiaire d'une sûreté réelle. Sur tous ces points, v. *supra*, n° 360 et s.

² Le tiers acquéreur comme l'héritier attributaire appartiennent effectivement tous deux à la catégorie des débiteurs dont les biens sont vendus afin d'éteindre une dette qui n'est pas la leur. Sur le renforcement nécessaire de la protection des héritiers, v. C. Gijsbers, th. précitée, n° 155 et s., p. 152 et s., ainsi que n° 312 et s., p. 311 et s. ; Comp., estimant que l'héritier alloti peut déjà se prévaloir du bénéfice de discussion ouvert par l'art. 2465 C. civ., J. Souhami, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », art. précité, n° 17.

³ Civ., 9 mai 1905, S. 1906. 489, n. M. Bernard ; Civ. 3^e, 15 février 1972, *Bull. civ.* III, n° 98, p. 71 (n° 70-13094).

tout¹. Il n'en va autrement que lorsque la loi écarte expressément l'indivisibilité, ce qui résulte par exemple des termes du deuxième alinéa de l'article L. 311-8 du Code de la construction et de l'habitation². L'indivisibilité dépasse d'ailleurs le seul champ des sûretés réelles *stricto sensu*, la jurisprudence n'hésitant pas à y recourir à propos du droit de rétention, qui « *donne, pour le paiement intégral de la créance, une garantie réelle portant sur chaque partie de la chose qui forme l'objet de la convention* »³.

564. La renonciation à l'indivisibilité. Il est parfois rappelé que l'indivisibilité des sûretés réelles n'est que de leur nature et non de leur essence⁴, ce qui ouvre la possibilité de dérogations conventionnelles. Dans la mesure où l'indivisibilité de la sûreté réelle peut gêner le créancier, l'on peut se demander pourquoi l'Association Henri Capitant n'a pas cru bon de réserver la possibilité d'écarter l'application de ce principe, comme elle l'a fait à propos de l'absence d'indisponibilité de l'assiette⁵. Il est par exemple loisible aux créanciers titulaires de la capacité de disposer de réduire conventionnellement le montant pour lequel la sûreté est inscrite après un paiement partiel. Par ailleurs, la jurisprudence est riche de situations dans lesquelles les parties ont écarté la règle de l'indivisibilité pour parvenir à leurs fins⁶. L'on peut citer par exemple l'hypothèse d'une société civile immobilière qui acquiert des terrains et édifie un ensemble immobilier financé au moyen d'un prêt hypothécaire avant de le vendre par lots. Si l'hypothèque de la banque a été régulièrement inscrite, son droit de suite lui permet d'agir au titre de son obligation réelle contre les acquéreurs des lots grevés, qui s'ajoute à l'action dont elle dispose à l'encontre la société au titre de son obligation personnelle. Cette sujétion est trop

¹ Civ. 3^e, 6 mars 1996, *Bull. civ.* III, n° 63, p. 42 (n° 94-13242) : « *l'hypothèque étant indivisible, la division de l'immeuble par suite d'un partage n'entraîne pas division de l'hypothèque* ».

² « *Lorsque la mutation ou l'attribution ne porte que sur une partie du bien hypothéqué, la substitution ci-dessus prévue [il s'agit de la substitution de l'acquéreur ou de l'attributaire dans les obligations du créancier originaire envers le Crédit Foncier de France ou le Comptoir des Entrepreneurs] n'a lieu qu'à concurrence de la fraction de créance restant garantie hypothécairement par la partie du bien acquis ou attribué, après division de l'hypothèque* ».

³ CA Douai, 3^e Chambre, 25 novembre 1921 ; S. 1922. 2. 25, n. R. Cassin.

⁴ V. not. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd. par Y. Picod, 1999, n° 243, p. 294 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 1182 et s., p. 574 et s. Cette affirmation peut se réclamer du texte de l'art. 2393 C. civ.

⁵ Art. 2325 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : « Sauf si la loi ou la convention en dispose autrement, la sûreté réelle ne rend pas indisponible le bien qui en forme l'objet » (c'est nous qui soulignons).

⁶ En revanche, l'étude des exceptions légales à l'indivisibilité ne présente pas d'intérêt majeur : elles sont « *généralement limitées à des hypothèses spécifiques* » ; « *elles restent en général ponctuelles et l'assouplissement du principe d'indivisibilité s'avère parfois décevant* » (J. Souhami, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », art. précité, n° 68 et 69). Faudrait-il alors donner plus d'importance au contrôle de proportionnalité, comme l'appelle de ses vœux Mme Souhami ? Nous ne le croyons pas : la pratique est suffisamment ingénieuse pour écarter le principe lorsqu'il emporte des conséquences insupportables et, de manière générale, il ne nous semble pas souhaitable de favoriser l'immixtion du juge dans le droit des sûretés réelles, v., déjà, *supra*, n° 524 et s.

lourde pour les acquéreurs qui désirent devenir propriétaires de biens libres de charges et risque donc de constituer un frein à la construction d'immeubles neufs¹. Pour éviter cette conséquence néfaste, la pratique recourt régulièrement à la stipulation pour autrui avec charge² : le promoteur (stipulant) obtient de la banque titulaire de l'hypothèque (promettant) qu'elle renonce à exercer son droit de suite contre l'acquéreur (tiers bénéficiaire), à condition que celui-ci paye directement à la banque, et selon les modalités prévues par elle, le prix de vente qu'il doit à son créancier d'origine. Si l'acquéreur exécute correctement son obligation personnelle nouvellement contractée, alors, il se trouve à l'abri de l'action hypothécaire de la banque. Dans l'hypothèse inverse, s'il paye son créancier initial, ce paiement est dépourvu d'effet libératoire et l'expose à payer une deuxième fois³, entre les mains du banquier au titre de son obligation réelle, ce qui révèle une fois de plus la coexistence des obligations personnelle et réelle⁴.

565. Un autre exemple de dérogation à l'indivisibilité des sûretés réelles se loge dans l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 juillet 2012 en matière de gage avec dépossession et concerne un cas de division de la créance⁵, particulièrement intéressant en matière de crédits syndiqués. Une société avait affecté son stock de marchandises en garantie du remboursement d'autorisations de crédit consenties par six banques. Le litige portait sur l'interprétation d'une clause qui prévoyait que « *la couverture pour chaque banque représent[ait] 110 % de l'autorisation accordée* », seuil ultérieurement abaissé à 70%. Après sa mise en redressement judiciaire, son actionnaire unique, de droit chinois, s'est porté acquéreur des créances de trois des banques garanties et a renoncé au gage. Dans une telle hypothèse, fallait-il considérer, comme le réclamaient les trois autres banques, que, le gage étant indivisible, le mandataire était tenu de continuer à détenir pour leur compte des marchandises d'une valeur représentant 70% du montant initial des créances ? Ou bien fallait-il, au contraire, faire droit à la demande du constituant qui sollicitait les juges afin d'obtenir la réduction de la

¹ J. Souhami, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », art. précité, n° 11 : « *l'indivisibilité constitue ici une entrave à la circulation des biens et au crédit* ».

² Figure valable pour autant que le tiers bénéficiaire y consente, v. Civ. 1^{er}, 8 décembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 343, p. 246 (n° 85-11769) : « *la stipulation pour autrui n'exclut pas, dans le cas d'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations* ».

³ Civ. 3^e, 10 novembre 1999, *Bull. civ. III*, n° 214, p. 151 (n° 97-17441) ; *RDI* 2000. 226, obs. Ph. Théry. V. également J.-L. Sourieux, « Rapport français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XXXIV, Economica, 1985, n° 14, pp. 89-90.

⁴ En ce sens, Ph. Théry, obs. précitées.

⁵ Com., 10 juillet 2012, n° 11-22846.

valeur du gage à la hauteur de 70% du montant des créances restantes, en contradiction avec l'indivisibilité du gage ? La Cour d'appel de Nîmes, par un arrêt du 9 juin 2011, s'est prononcée en faveur de la première branche de l'alternative¹.

566. Cette décision a été sèchement cassée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation au visa de l'ancien article 1134 du Code civil. La Haute cour a donc reproché à la cour d'appel de n'avoir pas prêté suffisamment d'attention à la rédaction de la clause litigieuse reproduite plus haut : dans la mesure où la convention indiquait que « *la couverture pour chaque banque représent[ait] 110 % de l'autorisation accordée* », les juges du fond auraient dû en déduire que les parties s'étaient accordées pour individualiser la part du gage garantissant la créance de chaque banque. En d'autres termes, à chaque fois qu'une créance s'éteignait, la clause imposait de dégrever la part des biens spécialement affectée à la garantie de son paiement. En revanche, les parties n'avaient pas entendu créer de lien de corrélation entre le paiement partiel d'une créance et la valeur du gage : ce n'est pas parce que le constituant a payé 10% du montant de la créance d'une banque que des biens représentant une valeur de 10% de la créance devaient être dégrevés. La clause précitée n'écartait que l'indivisibilité globale entre les différentes créances des parties, mais laissait subsister l'indivisibilité du gage quant à la créance de chacun des créanciers. Il faut être extrêmement vigilant quant à la rédaction des clauses relatives à l'assiette de la sûreté : si les parties laissent entendre que la sûreté qui garantit l'ensemble des créances est en réalité divisible – par exemple en employant une expression telle que « *chaque banque* » –, il en résulte une diminution de garantie toutes les fois qu'un créancier est intégralement désintéressé. Les créanciers ont donc davantage intérêt à ce que la clause stipule que « *la couverture pour l'ensemble des banques représente X% de l'autorisation accordée* ».

567. Synthèse des solutions relatives à l'indivisibilité. Il serait approprié de chercher à systématiser ces solutions, dont on a vu qu'elles s'appliquaient à toutes les sûretés réelles, au sein d'un texte unique. La jurisprudence l'appliquera par analogie au droit de rétention². Un

¹ CA Nîmes, 2^e chambre commerciale, section B, 9 juin 2011, n° 09/04426.

² Les propriétés attachées à l'indivisibilité du droit de rétention ont été exposées en détail par A. Derrida, *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, th. Alger, 1940, p. 194 et s. La question ne se pose pas en ce qui concerne la clause de réserve de propriété, le transfert ne pouvant avoir lieu que si l'intégralité de la créance de prix a été payée, v. *supra*, n° 107 et s.

texte fixant les principes de l'indivisibilité pourrait ainsi indiquer que : « *Sauf si la loi ou la convention en disposent autrement, la sûreté réelle est indivisible.* »

En cas de division active de l'obligation garantie, chacun des créanciers peut saisir le bien grevé. En cas de division passive de l'obligation garantie, le créancier peut demander le paiement intégral à l'attributaire du bien grevé, dans la limite de sa valeur. La garantie demeure dans son intégralité tant que le créancier n'a pas été entièrement désintéressé.

En cas de pluralité de biens affectés à la garantie d'une créance, le créancier dispose de la faculté de choisir sur quel bien il la met en œuvre. Si le seul bien affecté à la garantie de la créance est divisé, chacune de ses portions garantit le paiement de l'intégralité de la dette ».

B) Le jeu extensif de la subrogation réelle

568. L'absence de subrogation réelle en cas « d'effet légal » de la sûreté. L'étude du rôle de la subrogation réelle au sein du droit commun des sûretés réelles suppose une clarification sémantique : y a-t-il ou non subrogation réelle lorsque, à l'échéance, le créancier bénéficiaire fait vendre le bien grevé et reporte son droit de préférence sur le prix ? On a longtemps considéré que ce procédé technique participait du « *fonctionnement normal* »¹ des sûretés réelles, qu'il en constituait « *la clé de voûte, souvent peu remarquée* »², ou encore que « *la fin essentielle et normale de toute sûreté réelle est d'aboutir à une subrogation réelle* »³. Cette idée rejoint la théorie classique de la sûreté réelle vue comme un droit sur la valeur : le créancier ayant en vue, dès le début de l'opération, la valeur du bien grevé – et non sa matérialité – la transformation du droit sur le bien en droit sur la valeur se fait par la technique de la subrogation réelle. On peut toutefois en douter.

¹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. Ph. Malaurie, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXXVII, 1985, p. 21. Comp. P. Crocq, th. précitée, n° 231, p. 184 : « *la subrogation réelle est inhérente au fonctionnement des sûretés réelles traditionnelles. Ceci tient à ce que la subrogation réelle est intrinsèquement liée au droit de préférence [...] La constitution de la sûreté par les parties est précisément voulue dans la perspective de la subrogation réelle et du report du droit de préférence du créancier sur le prix de vente du bien* ».

² V. Ranouil, th. précitée, p. 35.

³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, préf. A. Breton, Sirey, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université d'Alger, T. XVIII, 1954, T. I, n° 203, p. 196. Cette idée est développée à de nombreuses reprises dans son ouvrage, v., par ex., T. II, n° 686, p. 385 : « *l'exercice du droit de préférence, tel que le prévoit et le réglemente le législateur, est une subrogation intégrée au cœur même de l'institution des sûretés réelles, dont elle constitue la fin et toute la raison d'être* ».

569. Il nous semble que la solution est plus naturelle que cela, tenant au fonctionnement de la sûreté réelle. Pour le comprendre, il faut se référer à la jurisprudence relative à « l'effet légal de l'hypothèque »¹. Alors que la question de la détermination de la date à laquelle la sûreté achève de produire ses effets se posait avec acuité, la Cour de cassation a affirmé qu'il s'agissait du moment auquel « *d'un droit sur la chose elle a été transformée en droit sur le prix* »². Sa position a été affinée par la suite : il ne suffit pas que le principe de vente du bien grevé ait été acté par un jugement d'adjudication pour que la sûreté cesse d'être utile au créancier inscrit, il faut encore qu'il soit en mesure d'exercer ses droits sur cette valeur, c'est-à-dire que le prix ait été payé ou consigné³. A compter de cette date, le créancier n'est plus tenu de renouveler son inscription⁴. A bien suivre ces décisions, l'on comprend qu'il est parfaitement naturel qu'à l'échéance, le droit du créancier impayé sur le bien grevé se transforme en droit sur la contre-valeur de ce bien. Ce report est effectivement consubstantiel à l'idée même de sûreté réelle et ne saurait passer par la médiation de la subrogation réelle, dont on sait qu'elle constitue un mécanisme exceptionnel⁵ : l'obligation de conservation qui pèse sur le constituant d'une sûreté réelle a pour but d'assurer au créancier qu'il disposera d'un droit de gage spécial sur une assiette représentant une certaine valeur au jour où sa créance sera exigible⁶. C'est donc que l'architecture de la sûreté réelle est tournée vers l'appréhension prioritaire de la valeur de son assiette à l'échéance si le créancier est impayé. Le report du droit de préférence du bien sur son prix de vente n'est qu'une conséquence de l'obligation réelle du constituant : il doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour garantir au créancier la possibilité d'imputer, à l'échéance, une

¹ Le raisonnement vaut pour l'ensemble des sûretés réelles, bien que la Cour de cassation ne se soit prononcée que sur l'hypothèque, v. en ce sens, Ph. Théry, *op. cit.*, n° 117 bis, p. 183, qui fait de l'effet légal des sûretés réelles un des « *éléments d'une théorie générale des sûretés réelles* ».

² Civ. 3^e, 23 janvier 1973, *Bull. civ.* III, n° 69, p. 51 (n° 71-14197).

³ Civ. 2^e, 25 mai 1987, *Bull. civ.* II, n° 115, p. 66 (n° 85-15820) : « *nonobstant la publication d'un jugement d'adjudication, le créancier hypothécaire n'est pas tenu de rapporter son inscription tant qu'il n'y a pas eu paiement ou consignation* ». En ce sens, v. également Ph. Théry, *op. cit.*, n° 197, p. 258 : « *l'hypothèque ne peut être considérée comme ayant véritablement produit son effet que si les créanciers sont en mesure d'exercer utilement leur droit de préférence sur la valeur du bien* ». Un arrêt récent, rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 septembre 2019 (n° 17-17211), a pu semer le doute en affirmant que l'effet légal de l'hypothèque se produit au jour de la publication du jugement d'adjudication du bien, sans que le paiement ou la consignation du prix n'exercent une quelconque influence. Cet arrêt ne change toutefois rien à la solution qui est bien installée en droit positif : il s'agit d'une application de l'ancien art. 717, al. 3 CPC, dont la rédaction était ambiguë (« *La publication du jugement d'adjudication purge toutes les hypothèques, même celles qui ont été inscrites postérieurement à la délivrance des états d'inscription, et les créanciers n'ont plus d'actions que sur le prix* »). L'actuel art. L. 322-14 CPCE met fin aux interrogations et indique très clairement que « *le versement du prix ou sa consignation et le paiement des frais de la vente purgent de plein droit l'immeuble de toute hypothèque et de tout privilège du chef du débiteur à compter de la publication du titre de vente* ».

⁴ V. également, de manière très explicite, l'art. 2435, al. 3 C. civ. : « *Le renouvellement est obligatoire, dans le cas où l'inscription a produit son effet légal, notamment en cas de réalisation du gage, jusqu'au paiement ou à la consignation du prix* ».

⁵ V. Ranouil, th. précitée, *passim*.

⁶ V. *supra*, n° 341 et s.

somme d'argent correspondant à la valeur du bien grevé sur le montant de sa créance¹. La mutation du droit sur le bien en droit sur la valeur témoigne en réalité de l'existence de la prestation de règlement qui pèse sur le constituant à l'échéance. Il n'est pas nécessaire de passer par le relais de la subrogation réelle afin de l'expliquer.

570. Report du droit de préférence et sûretés conférant un droit de suite. Le propos mérite toutefois d'être nuancé en présence d'une sûreté réelle conférant un droit de suite², un bref détour par l'histoire de la « clause de nantissement de prix » permettant de s'en assurer. Au cours des années 1970, les notaires ont vu se multiplier dans leurs offices les saisies intentées par les créanciers chirographaires, souhaitant appréhender les fonds versés par les acquéreurs d'immeubles hypothéqués. En l'absence d'accomplissement des formalités de purge, la clause de nantissement du prix, par laquelle le vendeur et les créanciers inscrits se mettaient d'accord afin de constituer un gage sur le prix de vente de l'immeuble, était conçue comme la parade à l'action des autres créanciers. Mais cette clause n'était pas conçue comme une protection des intérêts des créanciers hypothécaires : ces derniers pouvaient certainement exercer leurs droits sur le prix, mais également décider de laisser les chirographaires l'appréhender et de mettre en œuvre, plus tard, leur droit de suite³. L'adoption d'un tel comportement se comprenait très bien, les créanciers hypothécaires pouvant ne pas vouloir perdre le bénéfice d'un placement avantageux et donc laisser leurs créances parvenir à leurs termes.

571. La situation était bien plus problématique pour l'acquéreur, exposé au risque de payer deux fois, au moment de l'acquisition puis lors de l'exercice du droit de suite des créanciers hypothécaires. C'est donc dans son intérêt qu'a été conçue la clause de nantissement de prix, afin de lui garantir que les fonds versés seront employés avec certitude au

¹ Ou une somme d'argent simplement équivalente au montant de sa créance, dans l'hypothèse où la valeur de l'assiette de la sûreté est supérieure au montant de ladite créance.

² Sur l'automatisme du report des droits du titulaire d'une sûreté réelle sans droit de suite sur le prix de vente d'un bien, v. *infra*, n° 581.

³ V., déjà, G. Argou, *Institution au droit français*, T. II, par. M. A. G. Boucher d'Argis, Desaint et Saillant, Paris, 9^e éd., 1764, p. 372 et s. : « Les immeubles hypothéqués [...] peuvent être vendus volontairement par le débiteur ; et en ce cas, si l'acquéreur a prescrit ou fait décréter l'immeuble, quoiqu'il en doive encore le prix, s'il est exigible, et que ce ne soit pas un contrat de constitution, ce prix étant saisi et distribué comme un véritable meuble entre tous les créanciers du vendeur, sans privilège et sans ordre d'hypothèque, lorsqu'il n'y a point eu d'oppositions au décret ; s'il y a des opposants, ils sont préférés aux autres créanciers, quand ils auroient une hypothèque plus ancienne, et que le prix leur auroit été délégué. [...] les immeubles peuvent être vendus par décret ; c'est le vrai cas où les créanciers hypothécaires sont colloqués sur le prix, suivant l'ordre de leurs hypothèques, lorsqu'ils ont formé leur opposition ».

désintéressement des créanciers hypothécaires, entraînant ainsi l'extinction de leurs droits de suite. En l'absence d'une telle clause, soit les créanciers inscrits manifestaient leur volonté d'exercer leurs droits sur le prix, par un mécanisme de purge amiable, soit ils laissaient les chirographaires aller au bout des opérations de saisie, au détriment de la sécurité du tiers acquéreur¹. Il n'est donc pas exact d'affirmer tout bonnement que les titulaires d'une sûreté munie d'un droit de suite bénéficient du report automatique de leurs droits sur le prix de vente de l'immeuble². Ce report n'a lieu que s'ils le veulent bien. Cette clause est devenue inutile avec l'ajout, à l'article 2475 du Code civil, de la procédure de purge amiable³. Mais cela ne change rien au fond du propos, bien au contraire : pour que les droits des créanciers hypothécaires se reportent sur le prix, que la technique employée soit celle de la clause de nantissement ou de la purge amiable, il faut toujours qu'ils manifestent leur volonté en ce sens. A défaut, il est nécessaire de recourir à la purge légale, procédure bien plus contraignante. La référence à la subrogation réelle paraît donc ici mal à propos. En revanche, elle est indispensable pour comprendre les modifications qui affectent l'assiette de la sûreté réelle au cours de la période conservatoire. Il faut alors distinguer entre la subrogation réelle « conventionnelle », qui est voulue par les deux parties, et la subrogation réelle « accidentelle », qui résulte soit de la volonté d'une seule partie, soit d'événements extérieurs aux parties.

572. Subrogation conventionnelle : les clauses de substitution. Les parties peuvent, depuis bien longtemps, décider de recourir à la technique de la subrogation conventionnelle en stipulant des clauses de substitution : la sûreté réelle portait initialement sur un bien ou un ensemble de biens déterminés, et les parties se mettent d'accord pour qu'un autre bien ou un autre ensemble de biens puisse remplacer l'assiette initiale au cours de la vie de la sûreté. C'est

¹ V. toutefois J.-P. Sénéchal, « L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 581 : « L'idée que la saisie-attribution d'un créancier chirographaire peut paralyser la réalisation du droit hypothécaire est absurde et ne correspond à aucune nécessité sociale ».

² Comp. toutefois J. Picard, « La fin d'un mirage ? La clause de séquestre et de nantissement du prix », *JCP N* 1979. I. 235, n° 7 : « il est possible de soutenir que le prix, même quittancé et déposé chez un notaire, ne s'est jamais confondu avec le patrimoine du vendeur, parce qu'il était subrogé à l'immeuble. En effet, le droit réel d'hypothèque ne parvient à la satisfaction du créancier qu'à travers le prix de l'immeuble, autrement dit, le passage du droit réel sur la chose au droit personnel sur le prix est inhérent à l'institution de l'hypothèque qui réalise l'appropriation de la valeur d'un bien. C'est l'effet légal de l'hypothèque » ; F. Vauvillé, « La saisie de la créance de prix de vente d'un immeuble (Réflexions à propos de l'arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 15 janvier 1992) », *JCP N* 1993. 101335, n° 13-14.

³ Il a été justement relevé que la rédaction de ce texte devrait conduire à la disparition généralisée de la clause de nantissement du prix, v. Ph. Dupichot, « La réforme du régime hypothécaire », *D.* 2006. 1291. Rapp. J. Combarieu, « La purge amiable des privilèges et hypothèques », *JCP N* 2008. 1059, n° 4, estimant que la clause de nantissement est devenue largement inutile, sauf dans l'hypothèse où les pourparlers entre acquéreurs et créanciers n'aboutiraient pas.

ainsi que, dès 1915, la Chambre des requêtes a donné toute sa force à une convention aux termes de laquelle le débiteur s'engageait à remplacer du blé vieillissant par du nouveau blé afin d'éviter que l'assiette du gage avec dépossession ne dépérisse. Les juges n'y ont vu aucun inconvénient quant à l'exigence de maintien de la dépossession du constituant : dans une telle hypothèse, la sûreté initiale demeure¹ et seule son assiette est modifiée, les marchandises nouvelles remplaçant les marchandises anciennes « *en vertu d'une subrogation réelle, qui trouve son fondement dans leur fongibilité* »². La solution a été réitérée récemment par un arrêt qui a fait grand bruit³. Il nous semble pourtant que ces décisions n'ont qu'une portée limitée au vu des obligations imposées aux parties dans l'optique de préserver les droits des tiers.

573. Les arrêts indiquent systématiquement qu'il doit exister une équivalence entre les biens anciens et les biens nouveaux, exigence qui se divise en deux branches⁴. C'est tout d'abord une question de nature des biens, qui doivent nécessairement être fongibles. Il faut donc que les qualités intrinsèques des biens soient globalement identiques, la volonté des parties pouvant jouer un rôle à la marge sans pour autant changer totalement la nature des biens gagés⁵. L'arrêt rendu en 1915 portait sur du blé remplacé par du blé, ce qui n'appelle aucun commentaire. La décision de 2010 concernait des jambons en cours d'affinage remplacés par des noix de jambon : il ne s'agit pas de biens naturellement fongibles mais, dans la mesure où les deux ensembles de biens sont composés de viande de porc, l'on comprend que la volonté des parties puisse légèrement assouplir les conditions de prise en compte de la fongibilité des biens. En revanche, si les jambons avaient été remplacées par des côtes de bœuf, il est très probable que les juges auraient refusé la substitution, les deux types de biens n'étant pas

¹ Ce qui permet au créancier d'échapper aux nullités de la période suspecte, v. *infra*, n° 681.

² Req., 10 mars 1915 ; S. 1916. I. 5, n. C. Lyon-Caen. La motivation, mêlant fongibilité et subrogation réelle, a pu être critiquée. La contradiction n'est pourtant qu'apparente, la remise des marchandises affectées au tiers convenu conduisant à leur individualisation, ce qui implique de recourir ensuite à la subrogation réelle pour procéder à leur remplacement (P. Veaux-Fournerie, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, n° 12, pp. 138-139 : « *la subrogation réelle supplée ainsi au mécanisme de la fongibilité qui, bien que subsistant virtuellement, se trouve paralysée inter partes du fait que les choses engagées sont individualisées par la dépossession du débiteur* »).

³ Com., 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n° 98 (n° 09-65812) ; *Dr. et Patr.* sept. 2010, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; *RTD Civ.* 2010. 595, obs. P. Crocq. V. également Com., 11 septembre 2012, n° 11-22240.

⁴ Ce qui ressort notamment de la rédaction de l'art. 2342 C. civ. : « *Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes* » (c'est nous qui soulignons).

⁵ En ce sens, P. Veaux-Fournerie, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », art. précité, n° 7, pp. 132-133 : « *la volonté des parties [...] n'interviendra plus qu'à titre de correctif, pour étendre ou resserrer les limites de la fongibilité par nature* ».

équivalents¹. Ensuite, c'est l'équivalence en valeur des biens anciens et nouveaux qui doit être respectée. La subrogation réelle n'a qu'une fonction conservatrice et il n'est pas question de l'utiliser pour accroître les droits du bénéficiaire du remplacement². Une clause de substitution ne peut être considérée comme valable que dans la limite de la valeur initiale de l'assiette : le remplacement de biens ne peut être le support d'une spoliation des tiers³. Sans parler de « *gage en valeur* »⁴, expression plus descriptive qu'explicative, il faut se contenter d'observer qu'une clause de substitution permet uniquement de remplacer l'assiette d'une sûreté par de nouveaux biens dans la double limite de leur fongibilité et de leur valeur. La solution est donc de portée assez limitée⁵, contrairement à la possibilité, ouverte largement par l'ordonnance du 23 mars 2006, d'affecter en garantie des ensembles de biens présents et futurs.

574. Subrogation conventionnelle : les ensembles de biens. Le deuxième cas de subrogation réelle conventionnelle est bien plus large puisqu'il résulte des différentes hypothèses dans lesquelles l'assiette est constituée d'une universalité de fait⁶. On peut ainsi

¹ Comp. toutefois S. Agbayissah et D. R. Martin, « Eléments critiques de droit des sûretés », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque éditeur, 2013, n° 7, p. 21 : « avec le consensus des parties au contrat de gage, n'importe quel bien peut être substitué à n'importe quel autre bien ».

² V., par ex., V. Ranouil, th. précitée, p. 171. La sanction du manquement à l'obligation de respecter une stricte équivalence en valeur est simple : l'on considérera que la sûreté est maintenue pour sa valeur initiale, alors que l'excédent de biens constituera l'assiette d'une nouvelle sûreté, constituée à la date du remplacement, par conséquent nulle si la substitution se produit durant la période suspecte, v. *infra*, n° 853 et s.

³ V. L. Aynès et Ph. Dupichot, obs. précitées : « la véritable protection des tiers confrontés à ces gages « tournants » tient davantage au respect de la valeur initialement affectée qu'à celle de la composition du gage en nature ou qualité, ces dernières tolérant des aménagements conventionnels dans la limite d'une équivalence ou d'une fongibilité minimale ou raisonnable [...] Il importe seulement que les tiers, ayant connaissance ab initio de la valeur grevée préférentiellement, ne soient pas trompés par des substitutions ultérieures à la fois fantasques et imprévisibles (du vin contre du jambon, etc.) » ; C. Lyon-Caen, n. précitée, p. 6, 3^e col.

⁴ Le terme est cité par MM. Aynès et Dupichot dans leurs observations précitées.

⁵ Rapp. C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020, n° 80, p. 84 : « On tempèrera néanmoins la portée de la solution rendue en 2010, l'arrêt ne permettant pas d'affirmer que toute fongibilité conventionnelle serait désormais opposable aux tiers, dès lors qu'en l'espèce, si les biens étaient distincts, leur aptitude à la substituabilité n'était pas extravagante ».

⁶ On a parfois nié le recours à la technique de la subrogation réelle pour expliquer l'idée que le contenu de l'universalité de fait ne soit pas immuable. M. Gijssbers estime ainsi que les deux notions se distinguent car « les biens nouvellement entrés dans l'ensemble ne sont pas forcément acquis grâce aux deniers tirés des biens anciens » (th. précitée, n° 563, p. 568). L'objection ne nous semble pas fondamentale : outre que l'unité de but qui caractérise l'universalité de fait est réalisée par l'affectation de « l'enveloppe » à la garantie du paiement du créancier, le remplacement n'est opposable aux tiers que si le bien nouveau vient véritablement en remplacement du bien initialement grevé dont le constituant a disposé. Dans la mesure où l'intégration du bien nouveau à l'assiette de l'universalité ne survient que dans l'optique de remplacer le bien ancien, ne peut-on pas considérer fictivement que les fonds issus de la vente du bien ancien ont été réemployés pour acquérir le bien nouveau ? Sur tous ces points, v. A. Denizot, *L'universalité de fait*, préf. R. Libchaber, Fondation Varenne, coll. des thèses, n° 23, 2008, n° 206 et s., p. 132 et s. ; n° 367, p. 250 ; n° 581 et s., p. 407 et s. et, surtout, n° 598 et s., p. 418 et s. Par ailleurs, la nature de la sûreté réelle est particulièrement propice à l'accueil d'une notion large de la subrogation réelle. En effet, si le principe est effectivement que le bien remplacé et le bien de remplacement doivent être unis par un rapport de provenance assimilable à un « lien de filiation » (V. Ranouil, th. précitée, p. 171), il est de rares exceptions dans lesquelles le remplacement peut s'opérer sans rapport étroit entre le bien ancien et le bien nouveau. Ainsi en va-t-il notamment à l'art. 2420, 3^e C. civ., qui permet le report de plein droit de l'hypothèque de celui qui détient un droit de

penser à l'affectation en garantie d'un ensemble de biens présents et futurs, cette faculté étant offerte tant aux constituants de sûretés réelles traditionnelles que de fiducies-sûretés¹. On peut également citer les nantissements de fonds d'exploitation et de compte-titres, dont on considère traditionnellement que l'assiette est seulement composée d'une « enveloppe » et ne vise pas chaque bien individuellement, ce qui permet le remplacement des biens contenus dans l'universalité de fait². L'avantage est grand pour les deux parties à l'opération : le débiteur conserve la liberté de gestion des biens affectés en garantie alors que le créancier bénéficie d'une garantie dont la valeur est constante. C'est toutefois la situation des tiers qui se trouve obérée, les biens de remplacement entrant déjà grevés dans le patrimoine de leur débiteur.

575. Il semblerait que le garde-fou consistant à exiger, en matière de clauses de substitution, que les biens remplacés et les biens de remplacement présentent des qualités relativement identiques, ne s'applique pas en matière d'universalités de fait. Contrairement à la situation précédente, les tiers savent précisément que c'est un ensemble de biens qui a été affecté en garantie du paiement du créancier et ne peuvent donc critiquer son changement de consistance. Pour reprendre l'exemple déjà utilisé, les tiers peuvent parfaitement se sentir spoliés par un gage de noix de jambon se reportant sur des côtes de bœuf : les nullités de la période suspecte devraient réduire à néant la garantie du créancier, si le remplacement a lieu après la date de cessation des paiements du débiteur, en raison de l'absence d'identité entre les biens anciens et les biens nouveaux. En revanche, aucune sanction ne devrait être imposée au créancier qui obtient du constituant, boucher-charcutier, un gage sur l'ensemble de la viande qu'il détient si, à la constitution du gage, seuls des jambons se trouvaient dans ses entrepôts et que, au cours de la période suspecte, l'assiette du gage est exclusivement composée de côtes de bœuf pour une valeur équivalente. L'importance de la condition de fongibilité diminue drastiquement en matière d'affectation en garantie de biens présents et futurs. Outre

construction sur le terrain d'autrui des constructions détruites vers les constructions nouvelles, alors même qu'il n'est pas évident que la reconstruction soit financée par l'indemnité compensant la destruction des constructions initiales. Pendant la période conservatoire, tout doit être mis en œuvre afin de préserver l'efficacité de la sûreté réelle et permettre à son bénéficiaire d'appréhender la totalité de la valeur de l'assiette en cas de défaillance du débiteur à l'échéance de la créance garantie. Sans doute cette considération justifie-t-elle que la subrogation réelle, institution conservatrice par excellence, soit entendue de manière un peu plus large que d'ordinaire...

¹ V. *supra*, n° 299 et s.

² Sur l'objet du droit du titulaire d'un nantissement de compte-titres, v. *infra*, n° 856 et s.

l'équivalence en valeur¹, la seule protection que l'on peut reconnaître aux tiers consiste à imposer aux parties à un gage sans dépossession du Code civil de respecter les catégories fixées par l'arrêté du 1^{er} février 2007² pour éviter les remplacements « *fantasques et imprévisibles* ».

576. Subrogation conventionnelle et concept de sûreté réelle. Ces différents cas de subrogation réelle conventionnelle éclairent encore davantage le concept de sûreté réelle. Hors hypothèses exceptionnelles, la matérialité du bien est indifférente au créancier. Il est certainement titulaire d'un droit sur le bien, ce qui lui permet d'exercer un droit de regard et de critique sur les actes passés par le constituant, mais la mise en œuvre de ces prérogatives est tournée vers un seul objectif : la préservation de la valeur de son droit de gage spécial³. L'on comprend alors que la subrogation conventionnelle soit largement admise au sein du droit des sûretés réelles. Il y a effectivement coïncidence parfaite entre ce mécanisme, qui possède avant tout une fonction conservatrice en assurant le maintien de certains droits malgré la disparition de leur objet, et l'évolution contemporaine du droit des sûretés qui vise à laisser une marge de manœuvre de plus en plus large au constituant quant à la gestion des actifs grevés. Le perfectionnement des sûretés réelles passe précisément par le développement de la subrogation réelle et donc par l'accroissement de la possibilité de disposer des biens initialement grevés pour les remplacer par de nouveaux biens affectés, dès leur entrée dans le patrimoine du constituant, à la garantie du créancier⁴. L'obligation réelle de garantie présente donc une

¹ V., par ex., M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et Patr.* sept. 2005 : « *de nouvelles règles sont de nature à permettre le gage sur stocks, évidemment nécessaire au développement du crédit commercial. Désormais, le gage est défini comme pouvant porter sur un bien mobilier ou sur un ensemble de biens mobiliers, actuels ou futurs. Et si le bien gagé est fongible ou constitue l'élément d'un ensemble, le débiteur peut l'aliéner si la convention l'y autorise, sauf à devoir le remplacer par un bien équivalent sur lequel les droits du créancier sont reportés* » (c'est nous qui soulignons).

² Arrêté du 1^{er} février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession. Dans le cas où elles décideraient de recourir au gage sans dépossession du Code civil, les parties au contrat de notre exemple agiraient de manière parfaitement légitime : la catégorie 16 inclut tous les produits alimentaires, ce qui permet de prendre en compte tant les noix de jambon que les côtes de bœuf.

³ Dans un sens similaire, C. Atias, « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, n° 7, p. 74 : « *le gage prépare le recouvrement, en conservant dans un premier temps, puis dans un second temps en permettant la réalisation et l'exercice du privilège* » ; P. Crocq, obs. précitées sous *Com.*, 26 mai 2010. V., allant plus loin et estimant que les titulaires de sûretés réelles avec droit de rétention sont propriétaires de la valeur de l'assiette des biens affectés en garantie, C. Verbaere, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ* 1999-3, n° 17 et s., p. 696 et s.

⁴ V., déjà, R. Demogue, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *RCLJ* 1901, p. 249 : la subrogation réelle sert à « *la conservation de [la] valeur pécuniaire dans un but déterminé [...] en un mot, la subrogation se produit toutes les fois que l'on est en présence de valeurs d'affectation* ». *Comp.*, estimant que la faculté de remplacement s'explique exclusivement par la technique de la sûreté réelle, la référence à la subrogation réelle étant alors superflue, C. Atias, « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », art. précité, n° 22, p. 77.

similitude, déjà relevée¹, avec l'obligation personnelle : en déplaçant de plus en plus souvent la question de la matérialité des biens grevés au second plan, elle tend à devenir un droit sur un flux, c'est-à-dire sur un ensemble indéterminé de biens au jour de la conclusion de la convention de sûreté, seule la valeur à hauteur de laquelle les biens sont grevés – c'est-à-dire le montant maximal de l'obligation réelle du constituant – étant connue. Le droit du titulaire de la sûreté se « cristallise » alors au jour de l'échéance de la créance garantie, et ses prérogatives spécifiques peuvent être mises en œuvre sur les biens présents dans le patrimoine du constituant à cette date. L'analogie avec la situation du créancier chirographaire, régie par l'article 2284 du Code civil, est alors frappante !

577. Il est toutefois essentiel de préserver les droits des tiers contre les risques de collusion frauduleuse entre créancier et débiteur, l'obligation réelle de garantie produisant à leur égard des effets bien plus vigoureux que la simple obligation personnelle. La subrogation réelle trouvant sa source dans la volonté des parties, il n'est pas possible de se fier uniquement à leur loyauté : contrairement à ce qui se produit lorsque la subrogation réelle est accidentelle, les parties n'opteraient pas spontanément pour le remplacement du bien ancien par un bien nouveau de même valeur. La tentation serait grande de se fonder sur l'obligation de remplacement pesant sur le constituant pour accroître l'assiette de la sûreté. C'est la raison pour laquelle un bien ne peut en remplacer un autre au sein d'une universalité de fait que si les deux biens possèdent une valeur équivalente², ou que l'opposabilité d'une clause de substitution d'assiette aux tiers ne vaut que si la substitution n'accroît pas l'assiette de la sûreté. La subrogation réelle conventionnelle présente donc trois facettes : elle permet de préserver la liberté de gestion du constituant en le laissant disposer des biens grevés ; le créancier est protégé contre le dépérissement de son droit de gage spécial en raison de l'obligation imposée au constituant de procéder au remplacement des biens aliénés ; les intérêts des tiers sont sauvegardés par l'impérativité du respect de l'équivalence en valeur entre les biens aliénés et les biens de remplacement. Si jamais les parties manquaient à ce devoir de maintien de la valeur

¹ V. *supra*, n° 303.

² Comp. C. Atias, « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », art. précité, n° 10, p. 75 : « *la valeur du bien engagé est la condition et la mesure de l'effet conservatoire du gage* ». Par ailleurs, ceci prouve que la subrogation réelle appliquée aux sûretés réelles présente une physionomie bien spécifique : alors qu'en temps normal, l'équivalence entre le bien ancien et le bien nouveau n'est pas une condition de la subrogation réelle (V. Ranouil, th. précitée, p. 211 ; G. Rives, « Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière », *RTD Civ.* 1968. 613, n° 18), en matière de sûretés réelles la garantie initiale ne peut se maintenir qu'en cas d'équivalence entre l'assiette initiale et l'assiette nouvelle, les impératifs de protection des tiers ne pouvant être ignorés.

de l'assiette, la sanction consisterait à considérer que les biens nouveaux ne remplacent pas les biens anciens mais sont en réalité l'assiette de nouvelles sûretés, opposables au jour de leur affectation si les formalités de constitution ont été régulièrement effectuées¹.

578. En effet, la nature de la sûreté réelle est méconnue dans une telle hypothèse : en raison de ses effets dirigés avant tout contre les tiers, il faut distinguer deux situations quant à la fluctuation de la valeur du bien grevé. Si la valeur du bien diminue ou augmente naturellement, du fait des variations des prix des matières premières ou des cotations boursières, le constituant n'est tenu d'aucune obligation, sauf clause contraire. Ni le créancier garanti ni les tiers ne peuvent s'en plaindre², car il s'agit là de fluctuations normales affectant le patrimoine du débiteur. En revanche, lorsque les variations de valeur de l'assiette résultent de l'activité des parties, il n'en va plus de même. Un débiteur qui diminue volontairement la valeur de l'assiette de la sûreté manque à son obligation de conservation et peut être sanctionné par la déchéance du terme ainsi que par l'engagement de sa responsabilité civile et/ou pénale. Réciproquement, des parties qui s'entendent pour accroître la valeur de l'assiette au-delà de ce qui était initialement convenu doivent être sanctionnées : la sûreté s'étend par-delà les limites qui ont été communiquées aux tiers, ce qui leur permet de bénéficier de l'inopposabilité du complément de sûreté³. En revanche, un tel garde-fou n'est pas nécessaire lorsque la subrogation réelle est accidentelle : les parties ne s'entendant pas sur le montant de l'indemnité due en cas de disparition du bien grevé ou sur son prix de vente amiable, elles ne peuvent méconnaître la nature de la sûreté réelle.

¹ Ce que M. Lauriol avait déjà pressenti de manière assez abstraite, v. sa th. précitée, T. I, n° 282, p. 312 : « *si l'excédent de la valeur nouvelle ne trouve aucune contrepartie antérieure, la logique de l'équivalence conduit à ne faire jouer la subrogation que sur un montant de la valeur nouvelle, au plus égal à la valeur ancienne. Le fractionnement de la valeur nouvelle s'impose ici* ». V. également M. Bussani, « Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle Italien des sûretés », *European Review of Private Law* vol. 6, n° 1, 1998, p. 34, indiquant qu'en droit italien, les intérêts des tiers sont toujours protégés par la règle voulant qu'à leur égard, « *la substitution déploierait, de toute façon, un effet toujours limité à la valeur du bien originellement donné en gage* ».

² Pour un développement de cette idée quant à la situation du créancier hypothécaire, v. S. Amiard-Fortinière, *Des effets des diverses variations de valeur du gage hypothécaire*, th. Paris, A. Pédone Editeur, 1896, p. 5 pour l'augmentation de la valeur du bien grevé, p. 138 et s. pour sa diminution : « *il est certains événements sur l'arrivée desquels le créancier a dû nécessairement compter. Il a donc pu prévoir les conséquences qui en résulteraient pour lui. [Il est] des faits qui échappent aux prévisions humaines, et qu'il est dès lors impossible de prévenir et d'empêcher. Les conséquences devront donc en être supportées par tous les créanciers hypothécaires. Ce n'est là que la juste contrepartie des bonnes chances dont ils peuvent profiter. Aucun droit ne leur est par suite accordé [...] Ne pas prêter en aveugle, exiger de sérieuses garanties, voilà le vrai moyen de parer à ces éventualités fâcheuses* ».

³ En ce sens, Ph. Dupichot, th. précitée, n° 623, p. 479-480 : la substitution « *est valable et opposable aux tiers à la date de dépossession des premières choses fongibles et à hauteur de la valeur du stock initial [...] la date du gage devrait être « figée » à celle de la première dépossession et échapper ainsi à tout grief fondé sur la constitution d'un nantissement en période suspecte pour le cas où le débiteur se trouverait placé ultérieurement en cessation des paiements* ».

579. Subrogation accidentelle : l'indemnité d'assurance. Le premier cas dans lequel la subrogation réelle est accidentelle concerne le report du droit du titulaire de la sûreté sur l'indemnité compensant la disparition du bien grevé. Il en va notamment ainsi de l'article L. 121-13 du Code des assurances¹, posant le principe du report du droit de préférence des créanciers titulaires de sûretés réelles sur l'indemnité d'assurance de dommages ou de certaines assurances de responsabilité en cas de disparition du bien grevé². Hors de cette disposition, de nombreux textes consacrent le droit du créancier sur d'autres indemnités, notamment en cas d'expropriation du constituant³ ou de réaménagement foncier⁴. Certains auteurs ont critiqué le recours à la technique de la subrogation réelle pour expliquer le phénomène à l'œuvre ici : en substance, ils affirment qu'il suffit de prendre appui sur la notion même de sûreté réelle, qui consiste à offrir au créancier un droit sur la valeur du bien grevé, afin de justifier le report sur l'indemnité du droit qui grevait initialement le bien. Le créancier aurait ainsi le droit d'appréhender la valeur du bien grevé dès qu'elle apparaît⁵.

580. Cependant, il nous semble que l'on ne peut prétendre que le mécanisme à l'œuvre soit l'exacte copie du report du droit de préférence sur le prix d'adjudication du bien : la situation est ici proprement anormale, dans la mesure où il n'est pas dans la logique des choses que l'assiette de la sûreté disparaisse au cours de la période conservatoire. Seule la subrogation réelle permet d'expliquer la conservation du droit du créancier par le remplacement du bien

¹ Disposition légale générale qui prend le relais de diverses lois spéciales, qui ne faisaient elles-mêmes que reprendre une clause de style des actes constitutifs d'hypothèques conventionnelles, v. R. Charoy, *Etude sur la subrogation en matière d'assurances contre l'incendie*, th. Paris, Arthur Rousseau Editeur, 1900, p. 40 et s., p. 191 et s., ainsi que G. Durry, « Hypothèque et assurance », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 30.

² Ce qui est extrêmement favorable aux créanciers inscrits, qui se voient reconnaître un droit propre sur l'indemnité d'assurance, v. G. Durry, « Hypothèque et assurance », art. précité, p. 31, ainsi que N. Leblond, *Assurances et sûretés*, th. Paris II, 2007, n° 305 et s., p. 149 et s. Il n'en demeure pas moins que, l'assureur n'ayant pas connaissance, en principe, de l'existence de la sûreté, le créancier doit nécessairement lui adresser une opposition afin de l'empêcher de verser les fonds entre les mains du débiteur-assuré, v. n° 206 et s., p. 102 et s., ainsi que Civ. 1^o, 29 février 2000, *Bull. civ.* I, n° 63, p. 43 (n° 97-21099) : « l'opposabilité du droit propre au paiement de l'indemnité d'assurance, institué par l'article L. 121-13 du Code des assurances au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires, est subordonnée à une demande de paiement à ce titre adressée à l'assureur par le créancier intéressé ».

³ V. les art. L. 222-3 et L. 411-4 C. expropriation.

⁴ Art L. 123-13, al. 3 C. rural ; art. L. 322-5 C. urbanisme.

⁵ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 1103, p. 815, pour lesquels il s'agit d'une « conséquence de la nature même de la sûreté réelle, droit assis sur une valeur qui doit permettre au titulaire de l'appréhender dès qu'elle apparaît sous une forme quelconque, fût-ce accidentellement » ; N. Leblond, th. précitée, n° 130 et s., p. 64 et s., spé. n° 145, p. 71 : « parce que les sûretés sont assises sur la valeur des choses qui leur servent d'assiette et puisque l'indemnité d'assurance est l'apparition de cette valeur, il est normal que cette indemnité soit affectée au titulaire d'un droit de préférence sur la chose assurée. Ce n'est là que l'application de la théorie générale des sûretés, en ce sens que les créanciers n'exercent sur l'indemnité que le droit de préférence qu'ils auraient exercé, en cas de vente, sur le prix de la chose ». La jurisprudence ne s'est pas toujours opposée à cette vision des choses, qui a, parfois, admis que le report sur l'indemnité d'assurance du droit sur le bien constituait une manifestation de l'effet légal de la sûreté, v. CA Agen, 30 octobre 2002, n° 2000/1234.

initial par un bien nouveau, évitant ainsi que les chirographaires ou les titulaires de privilèges généraux ne frustrant les titulaires de droits spéciaux sur le bien disparu¹. Il faut en réalité combiner les deux explications pour parvenir à justifier clairement le procédé permettant la modification de l'assiette : la subrogation réelle est admise largement en raison de la nature de la sûreté réelle. Dans la mesure où l'événement qui cause la disparition du bien se déroule au cours de la période conservatoire de la sûreté, il est parfaitement cohérent que la subrogation réelle, technique conservatoire par excellence, ait un rôle éminent à jouer.

581. Subrogation accidentelle : le prix de vente amiable. La situation est identique, bien que la solution soit cette fois d'origine jurisprudentielle², lorsque l'on s'intéresse à la vente par le constituant de biens grevés de sûretés sans dépossession ne conférant ni droit de suite³, ni droit de rétention. Cette hypothèse, assez rare en pratique, s'est produite notamment en matière de vente de biens grevés d'un privilège du vendeur de meuble⁴, de matériel et d'outillage vendus séparément du fonds de commerce sans qu'une plaque n'ait été apposée⁵, ou encore de vente d'un immeuble indivis hypothéqué par un seul des indivisaires⁶. A chaque fois, la Cour de cassation a considéré que le créancier n'avait pas le droit de poursuivre

¹ En ce sens, R. Charoy, th. précitée, p. 71 et s. : « les créanciers, tant que la maison existait, avaient le droit de la faire vendre et de se faire payer sur l'équivalent de cette maison, c'est-à-dire sur le prix. La maison étant détruite, ils auront le droit de se faire payer sur ce qui est aussi regardé par la loi comme l'équivalent de la maison, sur l'indemnité d'assurances » ; G. Durry, « Hypothèque et assurance », art. précité, p. 30 : « cette disposition est une hypothèse de subrogation réelle au demeurant très justifiée. On voit en effet mal pourquoi le rang respectif des créanciers se trouverait modifié parce que le créancier hypothécaire aurait eu la malchance de voir l'immeuble incendié, car l'indemnité d'assurance est bien représentative de cet immeuble sur le prix de vente duquel le créancier hypothécaire aurait été préféré » ; G. Rives, « Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière », art. précité, n° 22.

² Ce qui démontre encore une fois que c'est la nature de la sûreté réelle qui motive l'admission large de la subrogation réelle, la jurisprudence étant habituellement réticente à reconnaître des occurrences de ce mécanisme en dehors des dispositions légales.

³ H. Capitant, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1919. 385, p. 409 et s. ; G. Rives, « Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière », art. précité, n° 29 et s. : « le report des droits est destiné à procurer à son bénéficiaire les mêmes avantages que le droit de suite ; les deux techniques sont concurrentes. Mais on ne peut faire appel au report qu'à titre subsidiaire ».

⁴ Civ., 19 février 1894, *DP.* 1894. 1. 413 : « Vu l'art. 2102 c. civ. ; Attendu que le privilège conféré par l'art. 2102 au vendeur d'effets mobiliers non payés lui donne le droit de se faire payer par préférence sur le prix en provenant, lorsqu'il peut le saisir en possession de son débiteur ou en arrêter le prix entre les mains des tiers, mais ne l'autorise pas à poursuivre le recouvrement de sa créance contre le tiers acquéreur de ces effets ».

⁵ Com., 28 juin 1982, *Bull. civ.* IV, n° 225 (n° 80-15-157) : « le créancier nanti sur le matériel et l'outillage d'un fonds de commerce dispose, en cas d'aliénation séparée de ces éléments, d'un droit de préférence sur le prix dans la mesure où celui-ci n'a pas été versé entre les mains du débiteur et ne se trouve pas confondu dans le patrimoine de ce dernier ». La solution a également vocation à jouer lors de la cession amiable du droit au bail, élément d'une importance considérable dans la valorisation du fonds de commerce. V. toutefois S. Davy, « Le créancier (pas si) nanti dans la cession de droit au bail », *Deffrénois* 30 oct. 2014, p. 1086 et s., se prononçant en faveur de la remise du prix à un séquestre et de l'organisation conventionnelle des conséquences de la cession du droit au bail entre les parties, afin de prévoir la résolution de la cession lorsque le passif cumulé des créances garanties par des sûretés sur le fonds de commerce dépasse le montant du prix de cession.

⁶ Com., 20 juin 1995, *Bull. civ.* IV, n° 183, p. 170 (n° 93-10331) : « l'hypothèque consentie sur un bien indivis par un seul des indivisaires est reportée, en cas de vente de l'immeuble grevé, sur la fraction du prix qui est attribuée au constituant ».

l'acquéreur du bien grevé, mais disposait de la possibilité de saisir le prix qui n'avait pas encore été payé au débiteur-vendeur. La solution s'explique par la subsidiarité de la subrogation réelle : si le créancier était titulaire d'un droit de suite, il lui suffirait de poursuivre le tiers acquéreur ; il n'aurait donc pas besoin du report de son droit sur le prix de vente amiable. En revanche, en l'absence de droit de suite, la garantie du créancier s'évaporerait s'il ne pouvait exercer ses droits sur la valeur du bien vendu. Là encore, le jeu de la subrogation réelle éclaire sur le fonctionnement de la sûreté réelle : par la vente de son assiette à l'initiative du seul constituant avant l'échéance, la période conservatoire prend fin, le créancier ne disposant plus de droits sur le bien, ce qui implique l'ouverture de la phase de réalisation de la sûreté et donc la possibilité pour le créancier d'exercer son droit sur la valeur du bien grevé¹. Les conditions de mise en œuvre de la subrogation réelle sont riches d'indications quant au passage de la phase conservatoire de la sûreté à sa réalisation.

582. Subrogation accidentelle et concept de sûreté réelle. Il faut bien différencier la situation qui vaut en matière d'indemnité d'assurance d'une hypothèse précédemment étudiée, dans laquelle la sûreté disparaissait par le fait exclusif du débiteur, ce qui conduit à la déchéance du terme². Ici, l'événement est imprévu, qu'il s'agisse d'un cas fortuit ou du fait exclusif d'un tiers, ce qui signifie qu'aucune des parties à la convention de sûreté n'a manifesté son intention d'y mettre fin. Cette observation est décisive : elle justifie l'existence d'une alternative au bénéfice des parties, selon que le créancier veut immédiatement être payé ou non³. En premier

¹ Rapp. H. Capitant, « Essai sur la subrogation réelle », art. précité, p. 390, qui fonde cette solution sur l'idée d'équité : « *quand un créancier a sur une chose un droit de préférence dont l'effet ne se trouve pas fortifié par le droit de suite, l'équité exige qu'il puisse exercer son droit de préférence non seulement en saisissant le bien, mais en le faisant valoir sur le prix de l'aliénation amiable. Ne serait-il pas absurde en effet que ce droit de préférence ne pût être invoqué qu'au cas de saisie et non au cas de vente amiable ? Ne serait-il pas injuste que, dans cette dernière hypothèse, les autres créanciers du débiteur fussent autorisés à faire saisie-arrêt sur cette créance en concours avec le créancier privilégié ? Si ce résultat était possible, ce dernier se trouverait vraiment dépouillé au profit des autres créanciers. Mais précisément, la subrogation réelle empêche cette iniquité* ». V. également, tout aussi favorable à cette solution, R. Demogue, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », art. précité, p. 300 et s., spé. p. 301 : « *il reste toujours cette règle d'équité : des tiers ne doivent pas profiter de l'extinction d'un droit admise non pas dans leur intérêt, mais uniquement à raison de certaines nécessités économiques et de la nécessité des affaires* ».

² Art. 1305-4 C. civ., v. *supra*, n° 345 et s.

³ Alternative qui n'existe pas en matière de purge hypothécaire, laquelle conduit invariablement au paiement par anticipation, v. not. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019, n° 47, p. 64 ; Ph. Théry, *op. cit.*, n° 189 et n. 1, p. 249. Sur l'option, v. déjà J.-J.-M. Chaumet, th. précitée, p. 37 : « *l'art. 2131 [...] suppose des faits purement fortuits, qui détruisent ou détériorent l'immeuble de manière à le rendre insuffisant pour la garantie des créanciers, et remarquons que c'est là une condition essentielle que les créanciers devront établir. Qu'arrive-t-il dans ce cas ? [...] Il n'est pas juste que le débiteur, qui n'est point en faute, soit responsable des cas de force majeure ; la loi ne peut aggraver son obligation primitive en lui faisant subir la déchéance du terme. D'un autre côté, le créancier n'a prêté que sur une garantie suffisante ; il doit donc lui suffire qu'il l'obtienne en recevant un supplément d'hypothèque ; le créancier recevra donc, au choix du débiteur, son remboursement ou une nouvelle hypothèque* ».

lieu, les parties peuvent considérer que la disparition du bien grevé vaut terminaison de la période conservatoire, ce qui justifie la déchéance du terme qui profitait au débiteur et donc le paiement immédiat, le créancier appréhendant alors la valeur du bien apparue sous la forme d'une indemnité quelconque. La situation, prévue par les textes en matière d'hypothèque¹, est extrêmement fréquente dans le droit des sûretés mobilières, la clause de déchéance du terme constituant une clause de style². La disparition du bien vaut donc passage de la phase conservatoire à la réalisation de la sûreté, soit réalisation anticipée de la sûreté, l'appréhension effective des sommes supposant alors que le créancier remplisse les conditions habituelles du droit de l'exécution forcée : la jurisprudence affirme que le droit d'agir contre l'assureur du bien disparu n'est ouvert qu'aux créanciers titulaires de créances certaines, liquides et exigibles³.

583. En second lieu, les parties peuvent décider que la disparition du bien ne vaut pas fin de la période conservatoire. Dans ce cas, le maintien du terme suppose que le créancier soit titulaire non d'un droit sur la valeur, mais toujours d'un droit sur un bien grevé. Il faut alors soit s'accorder pour que le droit du créancier sur l'indemnité se reporte sur le bien reconstruit ou acquis en remplacement⁴, soit que le débiteur perçoive l'indemnité au nom et pour le compte du créancier, puis lui remette les fonds afin de constituer un gage-espèces dont les modalités de fonctionnement ont été étudiées précédemment⁵. Le concept de sûreté réelle est donc éclairé par le jeu de la subrogation réelle : elle constitue d'abord un droit sur le bien grevé, au cours de la période conservatoire, avant de se muer en droit sur la valeur de ce bien à l'échéance, si le débiteur est défaillant. Les parties ont alors toute latitude pour organiser leurs relations comme

¹ Art. 2420, 2° C. civ.

² N. Leblond, th. précitée, n° 162, p. 79.

³ V., par ex., Civ. 1^{re}, 7 avril 1992, *Bull. civ. I*, n° 113, p. 77 (n° 89-12247) : « 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 soit besoin de délégation expresse, aux seuls créanciers privilégiés ou hypothécaires dont la créance est certaine, liquide et exigible et dans la limite du montant de cette créance ».

⁴ Ce qui est fréquent lorsque le sinistre est de faible ampleur, les créanciers préférant que le débiteur reconstruise le bien détruit pour que leurs droits puissent se reporter sur le bien rétabli dans son état d'origine, v. R. Charoy, th. précitée, p. 81, ainsi que le rapport de M. Vatimesnil à la Commission de la Chambre quant à un projet de loi de 1844 prévoyant le report des droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les indemnités remplaçant les biens grevés (cité par R. Charoy, th. précitée, n. 1, p. 45) : « l'indemnité que reçoit le propriétaire d'une maison incendiée a une destination indiquée par la nature des choses. Elle devrait servir à reconstruire l'immeuble plutôt qu'à une distribution de prix. Si la réforme se bornait à exiger que les sommes payées par l'assureur fussent consacrées à la restauration du gage, si elle donnait aux créanciers privilégiés et hypothécaires le droit d'exiger cet emploi, il y aurait tout à la fois pour le prêteur et pour l'emprunteur, la saine exécution du contrat, en même temps que le respect des intérêts et des droits du propriétaire ».

⁵ V. *supra*, n° 236 et s.

elles l'entendent : elles déterminent librement les conséquences de la disparition accidentelle du bien grevé, qui peut valoir déchéance du terme et donc report du droit du créancier sur la valeur du bien grevé, ou ne pas valoir déchéance du terme, auquel cas il est impératif de prévoir le report des droits spéciaux du créancier sur un autre bien¹. Le droit sur l'indemnité remplaçant le bien procède donc de la nature de la sûreté réelle – on peut d'ailleurs légitimement se demander pourquoi toutes les indemnités ne sont pas concernées² – mais se distingue de l'effet légal de la sûreté se produisant en cas de vente du bien en justice ou de purge : ce n'est qu'un pis-aller, un moyen de sauvetage des droits du créancier, que les parties peuvent librement écarter afin de poursuivre le cours normal de leurs relations contractuelles. L'on peut donc déduire des développements précédents un principe général voulant qu'à moins que les parties n'en décident autrement, le bénéficiaire d'une sûreté réelle devrait être toujours autorisé à reporter ses droits du bien grevé sur la somme d'argent le remplaçant, lorsque ledit bien a disparu par une autre cause que l'aliénation décidée de concert entre les parties.

584. Synthèse et portée des solutions relatives à la subrogation réelle. On pourrait alors rédiger un article unique résumant toutes les hypothèses de subrogation réelle : « *Les parties peuvent convenir que les biens composant l'assiette de la sûreté réelle sont aliénables par le constituant à charge de les remplacer par des biens de même nature, de valeur équivalente.*

Sauf disposition légale ou conventionnelle contraire, le droit du créancier se reporte sur l'indemnité remplaçant le bien disparu par cas fortuit ou par le fait exclusif d'un tiers, tant qu'elle n'a pas été acquittée entre les mains du constituant.

¹ V., déjà, M. Lauriol, th. précitée, T. I, n° 203, p. 196 : « une seconde sorte de subrogation, beaucoup plus exceptionnelle dans son fonctionnement [que le report du droit de préférence du créancier hypothécaire sur le prix de vente de l'immeuble grevé] en même temps que plus courante dans sa notion, est concevable. Elle consiste à transporter le droit réel de garantie, considéré non pas encore dans sa phase de réalisation, mais dans sa phase conservatoire, sur un autre immeuble substitué au premier. Mais cette subrogation [...] n'a pour effet que de retarder l'exercice du droit de préférence ». V. également T. II, n° 664, p. 344 et, surtout, n° 690, p. 392 et s.

² Dans le même sens, C. Atias, « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », art. précité, n° 27, p. 79 ; M. Lauriol, th. précitée, T. II, n° 692, p. 396 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 253, 1997, n° 392, p. 358 : « il semble bien qu'il faille admettre l'existence d'un principe général de subrogation de l'indemnité à la chose grevée [...] un tel principe paraît imposé par la nature même des sûretés réelles ». C'est en ce sens que s'est prononcée la loi belge du 11 juillet 2013, en son article 9 : « le gage s'étend à toutes les créances qui se substituent aux biens grevés, parmi lesquelles les créances résultant de la cession de ceux-ci ainsi que celles indemnisant une perte, détérioration ou diminution de valeur du bien grevé ».

En outre, les sûretés réelles ne conférant ni droit de suite, ni droit de rétention, permettent à leur titulaire de reporter leurs droits sur le prix de vente du bien grevé tant qu'il n'a pas été acquitté entre les mains du vendeur ».

585. Dans la mesure où ces solutions sont justifiées par la nature des sûretés réelles, l'article s'appliquerait sans peine aux fiducies-sûretés¹. En matière de droit de rétention, en revanche, la solution est plus complexe. Si l'on peut admettre que l'assiette du droit de rétention conventionnel soit modifiée par les parties, il n'en irait pas de même en cas de rétention fondée sur un lien de connexité matérielle ou juridique, précisément parce que cette connexité ferait alors défaut. De même, le report d'un droit de rétention sur l'indemnité remplaçant le bien ou son prix de vente ne paraît pas envisageable : faute de prérogative distinctes de la simple possibilité de retenir le bien grevé avant complet paiement de la créance garantie, les cas dans lesquels la subrogation réelle est admise doivent être réduits au minimum, c'est-à-dire uniquement lorsque la loi le prévoit². Ce report du droit sur le bien ou droit sur le prix apparentant le droit de rétention à un privilège³, on ne saurait méconnaître sa nature de façon trop récurrente.

586. En revanche, il nous semble que les solutions retenues doivent s'appliquer automatiquement à la clause de réserve de propriété⁴. La loi se prononce en ce sens, laquelle reconnaît expressément au vendeur réservataire un droit tant sur la créance de prix de revente du bien que sur l'indemnité d'assurance qui le remplace, aux termes de l'article 2372 du Code civil. Le droit sur la créance de prix de revente se comprend bien : si le bien est revendu avant que le prix n'ait été intégralement payé au vendeur, le droit de demander le paiement au sous-acquéreur est parfaitement légitime. La propriété du bien est alors transférée contre le paiement intégral du prix, peu important qu'il l'ait été pour partie par l'acquéreur et pour le reliquat par le sous-acquéreur, la clause de réserve de propriété ayant atteint son but. De même, l'indemnité

¹ En ce sens, N. Leblond, th. précitée, n° 184, p. 90.

² En un sens similaire, P. Rémy-Corlay, « Nature et effet du droit de rétention dans la liquidation judiciaire », *LPA* 1^{er} juin 1998, p. 8 et s. : « la règle posée par l'article 159, alinéa 4 [anc. C. com.], aussi importante qu'elle soit en pratique, reste une règle spéciale : hors le cas de réalisation par le liquidateur, le droit de rétention ne comporte pas de « report sur le prix » ; si le rétenteur saisit le bien et le fait vendre, il subira le concours des autres créanciers ».

³ V. *supra*, n° 61, ainsi qu'*infra*, n° 872 et s.

⁴ V. déjà, estimant que la jurisprudence a fait de la subrogation réelle « un principe général applicable en matière de réserve de propriété », P. Crocq, « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », in *Ruptures, mouvements et continuités du droit – Autour de Michelle Gobert*, *Economica*, 2004, n° 20, p. 356.

d'assurance revient systématiquement au propriétaire. Il faut toutefois se garder de considérer que l'indemnité lui revient automatiquement : tout comme le bénéficiaire d'une sûreté réelle, le vendeur réservataire doit notifier l'existence de la réserve de propriété à l'assureur afin de l'empêcher de verser les fonds directement à l'acquéreur, ce qui pourrait se produire lorsque le bien est assuré à son nom¹. Dans une telle situation, le vendeur deviendrait un simple créancier chirographaire... Quoi qu'il en soit, tant l'indivisibilité que le jeu extensif de la subrogation réelle démontrent de façon éclatante la spécificité de l'obligation réelle de garantie qui pèse sur le constituant. Mais il s'agit là de techniques préventives qui permettent de protéger le créancier garanti contre les événements risquant de remettre en cause l'efficacité de sa sûreté. Dans les hypothèses où leur mise en œuvre ne parvient pas à sauvegarder les droits du créancier, celui-ci est forcé de se tourner vers des mécanismes curatifs, qui ont pour but de sanctionner l'auteur de l'acte rendant la sûreté inefficace, bien plus que de permettre la satisfaction du créancier.

§2) *Le traitement curatif de l'inefficacité de la sûreté*

587. Plan. Si le bien grevé disparaît purement et simplement du patrimoine du constituant, qui a été plus rapide que le bénéficiaire en appréhendant avant lui la somme d'argent le remplaçant, ni l'indivisibilité, ni le jeu de la subrogation réelle ne permettent à ce dernier de bénéficier d'une sûreté efficace. Il faut alors se résigner à l'inefficacité de la garantie, ce que l'on peut quelque peu tempérer par le recours à l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur du dommage. Si le constituant a manqué à son obligation de conservation, il sera tenu d'une dette de dommages-intérêts à l'encontre de son créancier, ce qui s'analyse souvent comme un pis-aller, un débiteur réduit à de telles extrémités étant rarement solvable. Il est

¹ Comp. toutefois, estimant que le vendeur réservataire ne devrait pas, dans une telle hypothèse, bénéficier de la subrogation réelle, M. Cabrillac, n. sous Com., 1^{er} octobre 1985, D. 1986. jur. 246, spé. p. 249, col. droite : « dans l'éventualité – de beaucoup la plus fréquente – où les risques ont été transférés à l'acheteur, ce dernier a ce que les spécialistes appellent « l'intérêt d'assurance » ; en effet, le sinistre l'atteint directement puisqu'il le laisse débiteur du prix. Dans ces conditions, il serait difficile d'admettre, en dehors d'une disposition législative, que l'indemnité, destinée à compenser la perte du prix payé sans contrepartie, ne passe point par son patrimoine. Dans la même perspective, il ne faut pas négliger l'affirmation selon laquelle le sinistre ne pouvait pas préjudicier au vendeur ; elle implique un corollaire : si le vendeur ne pouvait pas appréhender l'indemnité, le sinistre lui préjudicierait. Or, ce corollaire est théoriquement inexact ; le vendeur est lésé non par le sinistre mais par l'insolvabilité de l'acheteur qui doit, nonobstant la disparition des marchandises, en payer le prix. Par ailleurs, l'arrêt laisse entendre que le vendeur qui n'a pas transféré les risques ne peut prétendre à l'indemnité d'assurance. Or, l'idée d'une subrogation sans texte justifierait mal une telle discrimination, si opportune qu'elle soit », ainsi que N. Leblond, th. précitée, n° 185 et s., p. 90 et s. et « La banque et l'assurance du bien financé », RDBF janv.-fév. 2015, dossier 6, *passim*.

nettement plus intéressant de se retourner contre le tiers chargé de s'assurer de l'efficacité de la garantie, ce qui permet de disposer d'un débiteur plus solvable et donc de parvenir à un désintéressement au moins partiel du créancier (A).

Parallèlement, il est toujours possible d'engager la responsabilité pénale de la partie qui dissipe ou tente de dissiper l'assiette de la sûreté. Les vertus prophylactiques de l'incrimination pénale sont bien connues... en théorie. En pratique, la condamnation pour détournement de gage ou pour abus de confiance ne livre que de maigres résultats. Il s'agit essentiellement de soulager la soif de vengeance de la partie dont la confiance a été trompée, mais elle ne permet ni au constituant de récupérer son bien, ni au créancier d'être payé (B).

A) Responsabilité civile et sûreté

588. La responsabilité du bénéficiaire. Le bénéficiaire d'une sûreté avec dépossession peut être comparé à un dépositaire, comme l'a fort bien affirmé le fameux arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 juillet 2005 en matière de nantissement de polices d'assurance-vie¹. Les textes du Code civil ne disent pas autre chose, ses articles 2343 et 2344 posant expressément une obligation de conservation de l'assiette à sa charge, prestation caractéristique du contrat de dépôt. La deuxième de ces dispositions sanctionne le manquement à cette obligation par la possibilité pour le constituant de réclamer la restitution du bien gagé et/ou l'engagement de la responsabilité civile du créancier pour réparer le préjudice subi. La solution est on ne peut plus logique et participe du droit commun des sûretés conventionnelles : toutes les fois que le fait exclusif du créancier, par un acte de commission – par exemple une mauvaise administration du bien grevé – ou un acte d'omission – vendre les choses fongibles gagées ainsi qu'il y était autorisé dans la convention, sans les remplacer par des choses équivalentes² – fait subir à son débiteur une diminution de la valeur de son patrimoine, il commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité, le constituant ayant vocation à

¹ Com., 12 juillet 2005, *Bull. civ.* IV, n° 175, p. 189 (n° 04-10214) : « la dépossession, qui fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donnée en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer ».

² Art. 2341, al. 2 C. civ. Il ne faut pas se laisser abuser par la mention de l'acquisition de la propriété des biens fongibles en cas de mélanges avec des choses de même nature appartenant au créancier. Il ne s'agit que d'une fiducie, v. *supra*, n° 239 et s.

recupérer la maîtrise de son bien en cas de dénouement normal de l'opération. Il a ainsi été proposé de systématiser la faute du bénéficiaire autour de l'idée d'« *atteinte à la propriété du constituant par diminution de la valeur du bien grevé* »¹. Cette formule permet d'englober un grand nombre de situations dans lesquelles la responsabilité du créancier serait effectivement engagée, mais il nous semble qu'il faut l'élargir quelque peu.

589. Certains cas de responsabilité du bénéficiaire ne se limitent pas, en effet, au manquement à l'obligation de conservation de l'assiette, comme en témoigne un arrêt intéressant, quoiqu'inédit, rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} juin 2016². Dans cette affaire, un contrat de prêt contenait une clause selon laquelle les emprunteurs s'engageaient à consentir à la banque, à première demande, une hypothèque de premier rang et sans concours sous peine de résiliation du contrat. Les emprunteurs ont obtenu la suspension de l'exigibilité des échéances du prêt, tandis que la banque, après avoir tenté d'obtenir l'inscription de l'hypothèque, a fini par les assigner en déchéance du terme et donc en paiement des sommes dues. La cour d'appel a fait droit à sa demande, balayant d'un revers de main les trois arguments avancés par les emprunteurs : la force majeure, leurs difficultés financières ainsi que le jugement du tribunal d'instance suspendant les poursuites. La décision est cassée au visa de l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil, siège de l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi. La Cour de cassation a reproché aux juges du fond de ne pas avoir tenu compte des difficultés financières des emprunteurs, connues par la banque, qui rendaient impossible le paiement des frais d'inscription hypothécaire. La banque devrait donc logiquement être condamnée au paiement de dommages-intérêts en raison de la violation de son obligation de bonne foi. Il n'y a là pourtant aucune atteinte au droit de propriété du constituant sur le bien grevé : l'immeuble a été hypothéqué, la sûreté n'a pas été inscrite, les droits des emprunteurs sur le bien n'ont donc pas été amputés. Il est seulement reproché au

¹ D. Nemtchenko, *Le droit des sûretés au prisme de la faute : contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, th. Bordeaux, 2017, n° 542, p. 476.

² Civ. 1^{er}, 1^{er} juin 2016, n° 15-14914 : « Vu l'article 1134, alinéa 3, du code civil [...] en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la banque, consciente de l'impossibilité financière dans laquelle se trouvaient les emprunteurs de faire face au coût d'une inscription hypothécaire, n'avait pas mis en œuvre de mauvaise foi la clause l'autorisant discrétionnairement à solliciter à tout moment la déchéance du terme, bien que le prêt ait, par ailleurs, été garanti par la Casden, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

bénéficiaire de ne pas avoir suffisamment tenu compte de la situation des constituants avant de leur imposer l'exécution d'une obligation qui l'aurait très fortement détériorée.

590. Cet arrêt révèle une idée assez générale, qui transcende la division des sûretés avec et sans dépossession et pourrait être consacrée dans un nouvel article des dispositions générales relatives aux sûretés réelles : « *La conclusion d'une sûreté réelle ne doit pas nuire à la situation patrimoniale du constituant. Il peut réclamer la restitution du bien grevé au bénéficiaire qui manque à ce principe, sans préjudice de dommages-intérêts* ». Il devient alors extrêmement aisé de mettre à terre le « *syndrome du Monopoly* » vigoureusement dénoncé par M. Dupichot¹ : bien loin de diminuer la valeur vénale du bien grevé, la sûreté oblige son bénéficiaire à faire ses meilleurs efforts afin d'assurer la neutralité patrimoniale de ses effets sur le constituant ! Bien entendu, dans l'esprit d'équilibre propre au droit contemporain des sûretés réelles, à l'engagement de cette responsabilité répond en miroir l'engagement de la responsabilité du constituant envers le créancier.

591. La responsabilité du constituant. En effet, de manière parfaitement cohérente, le droit de la responsabilité civile permet au bénéficiaire de la sûreté de réclamer au constituant des dommages-intérêts dans l'hypothèse où, par son comportement, il a diminué l'efficacité de la garantie octroyée. En contractant la sûreté, le constituant s'est obligé envers le créancier à ce qu'il dispose, à l'échéance, d'un droit de gage spécial renforçant les prérogatives tirées du simple droit de créance. Il ne peut donc plus revenir sur sa parole par la suite, une telle attitude constituant une faute contractuelle conduisant à l'octroi de dommages-intérêts. Il est inutile de revenir en détail sur le contenu de cette obligation, qui a déjà été étudié par ailleurs², mais indiquons simplement que la sanction joue tant lorsque l'assiette est dégradée³ que lorsque le

¹ Ph. Dupichot, th. précitée, n° 572, pp. 445-446 : « *Le Monopoly a en effet ancré dans les esprits un sens très péjoratif du terme « hypothèque » que l'on retrouve dans le vocabulaire courant : ainsi, on « hypothèque » ses chances de même qu'on hypothèque en dernier recours la « rue de la Paix » pour obtenir des liquidités afin de payer les joueurs chez lesquels le pion du débiteur hypothécaire aurait le malheur de s'attarder. Le débiteur qui hypothèque son titre de propriété ne retourne-t-il pas sa carte ostensiblement, affichant au dos de celle-ci une valeur de son immeuble subitement décotée de moitié et ne s'expose-t-il pas aussitôt à être mis au banc des autres joueurs ? Dès lors, une idée aussi fautive que vivace s'est infiltrée jusque dans l'esprit des juristes : oubliée la reine des sûretés, efficace et sûre [...] l'hypothèque ne serait qu'un pis-aller, le premier pas vers l'exclusion sociale* ».

² V. *supra*, n° 341 et s.

³ C'est ainsi que les dirigeants d'une société qui ont nanti leurs actions sont tenus à une obligation de bonne gestion (Com., 9 novembre 1965, *Bull. civ. IV*, n° 566 : « *F. et Dame D. ayant dirigé seuls depuis la convention du 25 janvier 1962 les deux sociétés, il est évident qu'en raison de leur gestion qui aboutit à l'état de règlement judiciaire, ils sont responsables de la diminution des* »).

comportement du constituant vise uniquement à amoindrir la vigueur du droit de poursuite du bénéficiaire, tout en laissant intact le bien grevé¹. Dans l'hypothèse où le constituant est également le débiteur principal, il ne faut pas oublier que cette sanction se conjugue avec la déchéance du terme prévue par l'article 1305-4 du Code civil. On pourrait donc tout à fait imaginer l'édition d'une disposition générale indiquant que « *Le créancier peut réclamer des dommages-intérêts au constituant qui diminue par son fait exclusif l'efficacité de la sûreté conférée, sans préjudice de la sanction prévue par l'article 1305-4 du Code civil* ». Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une protection bien médiocre des intérêts du créancier, le débiteur diminuant l'efficacité des sûretés consenties étant déjà probablement aux abois, « *l'empilement de créances* »² à l'encontre d'un débiteur quasi-insolvable ne permettra alors jamais au créancier de rentrer dans ses frais. La solution est différente lorsqu'une créance de responsabilité civile peut être recouvrée auprès d'un tiers, auquel cas il s'agit d'une véritable « *technique de substitution* »³ à la sûreté dont l'efficacité est défaillante. Il en va ainsi lorsque constituant et débiteur sont deux personnes distinctes et, surtout, lorsqu'il est possible d'agir contre le notaire ayant instrumenté la garantie.

592. La responsabilité du notaire⁴. L'esprit général des solutions retenues par la jurisprudence quant à la responsabilité notariale pour inefficacité des sûretés est simple, voire simpliste : quand, au cours de l'exécution du contrat, ou au stade de la réalisation de la sûreté, le créancier s'aperçoit que sa garantie, dans le processus de constitution de laquelle un notaire est intervenu, ne lui procure pas la sécurité escomptée, les juges sont unanimes – le notaire

sûretés »), ou encore que le constituant de l'hypothèque peut librement extraire les fruits de l'immeuble hypothéqué, mais non ses produits (Civ. 1^e, 16 juillet 1974, *Bull. civ.* I, n° 232, p. 199 [n° 73-12677]). Il reste à indiquer que cette obligation de conservation est nécessairement une obligation de moyens, comme le rappelle un arrêt rendu en matière de clause de réserve de propriété, v. Com., 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n° 101 (09-66344) : « *Vu l'article 1137 du code civil [...] en se déterminant ainsi, sans rechercher si M. X. qui, en qualité d'acheteur d'un bien dont la propriété était réservée, n'était tenu que d'une obligation de moyens, avait apporté à la conservation de la chose vendue tous les soins d'un bon père de famille, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹ Il en va notamment ainsi dans le régime des sûretés ne conférant pas de droit de suite efficace à leur bénéficiaire (notamment pour divers warrants, v. *supra*, n° 344, ainsi qu'*infra*, n° 873) : la vente du bien est autorisée, mais non sa tradition. Dans l'hypothèse où le constituant vendrait les biens grevés pour obtenir des fonds immédiatement disponibles, sa responsabilité civile devrait être engagée, sans préjudice de la possibilité de mettre également en œuvre sa responsabilité pénale (sur laquelle v. *infra*, n° 597 et s.). C'est que, dans ces garanties, « *l'abstention que l'on demande au débiteur est le trait saillant, voire fondamental, qui marque de son sceau original les sûretés où elle apparaît nécessaire* » (M. Cabrillac, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Librairie du recueil Sirey, 1954, n° 190, p. 245).

² V. Mazeaud, « Responsabilité civile et droit des sûretés », *RCA* mai 2017, dossier 6, n° 5.

³ *Ibid.*, n° 4 et s.

⁴ Pour la recension d'un grand nombre de décisions récentes sur le sujet, v. J. Attard, « Quels sont les devoirs du notaire en matière de sûretés ? », *Defrénois* 26 avril 2018, p. 21 et s.

paiera¹ ! L'assurance de responsabilité contractée collectivement par les notaires² permet alors au créancier de rentrer, au moins partiellement, dans ses frais, mais l'automatisme de l'engagement de la responsabilité de ces professionnels du droit a quelque chose de dérangeant. Par un arrêt du 3 mars 2011, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a posé un attendu de principe délimitant le vaste périmètre de la responsabilité notariale en matière de garanties³. A sa lecture, l'on comprend que le notaire est tenu de garantir à son client tant la validité que l'efficacité de la garantie prise – ce qui est bien normal –, mais également que sa responsabilité transcende la distinction du contractuel et de l'extracontractuel et, enfin, qu'il est tenu quelles que soient les compétences de son client. Il faut revenir en détail sur ces trois éléments.

593. Que le notaire soit tenu de garantir à son client la validité de sa garantie, cela ne saurait surprendre. Débiteur d'un devoir de conseil, il est nécessairement forcé, au préalable, de se renseigner. Il doit donc procéder aux investigations nécessaires pour s'assurer, sans l'ombre d'un doute, que l'acte projeté peut être valablement conclu. Engage donc sa responsabilité le notaire qui néglige de vérifier si les parties à l'opération disposent de la capacité requise⁴ ou encore, de manière plus grossière, se contente de recopier une fausse déclaration indiquant qu'un immeuble est libre de charges, alors qu'il était en réalité déjà grevé de treize inscriptions hypothécaires⁵... L'intervention du notaire vaut sécurité juridique absolue pour le créancier. Il en va de même en ce qui concerne l'efficacité de la garantie : une jurisprudence pléthorique montre assez que le notaire est systématiquement sanctionné en raison de l'insuffisance du « gage » conféré au créancier. Il ne peut se réfugier derrière la précipitation dont ont fait preuve les parties en concluant l'opération pour se dispenser de vérifier si l'hypothèque projetée, que le créancier a expressément affirmé vouloir être de

¹ En revanche, comme pour tous les professionnels tenus d'un devoir de conseil, le notaire n'a pas d'obligation de résultat quant au dénouement de l'opération projetée par les parties, v. R. Savatier, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.* 1972. chron. XXIII, p. 137 et s., n° 6.

² Sur laquelle, v. F. Chasles, « Responsabilité civile professionnelle et garanties de la clientèle », *Dr. et Patr.* janv. 2019.

³ Civ. 1^{er}, 3 mars 2011, *Bull. civ.* I, n° 44 (n° 09-16091) ; *RLDC* mai 2011, obs. J.-J. Ansault ; *RDC* juill. 2011, p. 861 et s., obs. O. Deshayes ; *Deffrénois* 30 mai 2011, p. 976, obs. M. Latina et J.-F. Sagaut : « Vu les articles 1147 et 1382 du code civil [...] le notaire, tenu de prendre toutes dispositions utiles pour assurer la validité et l'efficacité des actes auxquels il prête son concours ou qu'il a reçu mandat d'accomplir, 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, dont, quelles que soient ses compétences personnelles, le client concerné se trouve alors déchargé ».

⁴ Civ. 1^{er}, 11 octobre 1966, *Bull. civ.* I, n° 465 ; Civ. 1^{er}, 29 juin 2016, n° 15-17591 (le notaire doit se renseigner sur l'ouverture d'une procédure collective empêchant le vendeur de disposer librement de son bien).

⁵ Civ. 1^{er}, 21 avril 1971, *Bull. civ.* I, n° 125, p. 104 (n° 70-10018).

premier rang, n'était pas primée par une sûreté antérieure¹. Il doit s'assurer que la sûreté vient en rang utile par une consultation préalable des inscriptions sur le bien grevé. Cela relève intégralement de sa mission de conseil juridique, contrairement au contrôle de l'efficacité économique de l'acte, ce qui justifie que, dans une telle hypothèse, sa responsabilité soit moins facilement engagée. Sauf circonstances exceptionnelles – avoir passé d'autres actes sur le bien grevé² ou le constat de ce que l'assiette de la sûreté a été manifestement surévaluée par rapport aux prix du marché³ – le notaire n'a pas à expertiser la valeur des biens sur lesquels portent les garanties qu'il doit instrumenter. Sur tous ces points, la jurisprudence paraît parfaitement équilibrée : en tant qu'expert juridique, le notaire doit assurer à ses clients la sécurité juridique absolue⁴, ce qui ne s'étend pas à la sécurité économique. En revanche, la tendance à reconnaître l'existence de mandats tacites entre les parties se comprend beaucoup moins bien.

594. La jurisprudence a découvert des mandats tacites délivrés par le créancier à son notaire bien avant 2011⁵. Il est ainsi clairement affirmé que si, en principe, le notaire est tenu de procéder à l'inscription de la sûreté instrumentée⁶, son renouvellement ne lui incombe pas⁷, sauf mandat – exprès ou tacite – conféré par le bénéficiaire⁸. L'inquiétude naît de ce que la Cour de cassation a inséré la responsabilité du notaire pour manquement aux obligations imposées par mandat dans l'attendu de principe de l'arrêt du 3 mars 2011, laissant ainsi le champ libre aux juges pour qu'ils découvrent, au gré des espèces, autant de mandats tacites qu'ils l'estiment justifié⁹. Le trouble se renforce au vu des faits de cet arrêt : alors que le prêteur avait indiqué vouloir bénéficier d'hypothèques de premier rang et avait versé une provision au notaire afin qu'il désintéresse les créanciers antérieurement inscrits sur les immeubles grevés, l'acte de prêt stipulait expressément que les fonds devaient être remis aux emprunteurs. Le

¹ Civ. 1^{er}, 7 mars 1995, n° 93-14436 ; Civ. 1^{er}, 26 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 421, p. 293 (n° 94-15658) : en indiquant expressément vouloir bénéficier d'une hypothèque de premier rang, le créancier en a fait une condition substantielle de l'acte, et le notaire engage alors sa responsabilité si elle n'est finalement que de deuxième rang.

² Civ. 1^{er}, 28 mai 2009, *Bull. civ. I*, n° 109 (n° 07-14075).

³ CA Grenoble, Première chambre civile, 12 mai 2015, n° 12/04924.

⁴ Rappr. J. Dubarry, « La responsabilité civile du notaire comme curseur des enjeux contemporains de la profession », *Dr. et Patr.* mars 2020 : « La sécurité qu'offre le notaire, c'est sa légitimité au sein des acteurs du droit. Et cette sécurité, elle passe par une responsabilité accrue ».

⁵ Ce qui est extrêmement classique pour les professionnels tenus d'un devoir de conseil envers leur client, et ce en raison du lien de confiance qui lie ces deux personnes, v. R. Savatier, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », art. précité, n° 8.

⁶ Civ. 1^{er}, 16 octobre 2008, *Bull. civ. I*, n° 226 (n° 07-14695) ; *Defrénois* 30 déc. 2008, p. 2526, obs. R. Libchaber.

⁷ Civ. 1^{er}, 22 janvier 2002, n° 99-16875.

⁸ Civ. 1^{er}, 12 janvier 1999, *Bull. civ. I*, n° 15, p. 10 (n° 96-18775).

⁹ V. M. Latina et J.-F. Sagaut, obs. précitées, n° 15, qui y voient l'apport principal de l'arrêt.

notaire devait donc trancher entre deux injonctions contradictoires, et le versement du prix aux emprunteurs conformément aux stipulations de l'acte lui a valu d'engager sa responsabilité à l'encontre de son client. Le mandat tacite de s'occuper de « *la mise en place* » de la sûreté a donc des conséquences très lourdes sur le notaire, qu'il faudrait essayer de limiter à l'avenir. Pourquoi ne pas s'inspirer de l'arrêt précité du 12 janvier 1999 et ainsi circonscrire le champ de la « découverte » de ces mandats tacites aux seules hypothèses dans lesquelles le notaire est au cœur de l'opération de ses prémisses jusqu'à sa conclusion ? Dans cette affaire, le notaire avait instrumenté l'acte de prêt ainsi que les actes d'affectation hypothécaire et était chargé par les parties de percevoir trimestriellement les intérêts ainsi que le capital prêté, tout en détenant la copie exécutoire. Il était donc très net, dans l'intention des parties comme dans les faits, que la gestion de la vie de la sûreté relevait de la compétence exclusive du notaire. A l'inverse, dans la situation présentée par l'arrêt du 3 mars 2011, lorsque le notaire intervient ponctuellement au sein d'une opération complexe, il apparaît excessif de faire peser une telle sujétion sur ses épaules. La possibilité de stipuler une clause déchargeant le notaire de certaines obligations n'est qu'un pis-aller : si elle est nécessaire, c'est que l'on considère déjà que toutes les formalités relatives aux sûretés lui incombent de plein droit... Mais la facilité avec laquelle la jurisprudence fabrique des mandats tacites se comprend à l'aune de son objectif principal : décharger le client du notaire de l'accomplissement de toutes formalités, en toutes circonstances.

595. Faveur pour une atténuation de la responsabilité notariale. L'indifférence des compétences personnelles du client est répétée comme un leitmotiv par la Cour de cassation. Quelle que soit l'identité du client du notaire, ce dernier lui doit toujours la sécurité absolue. On peut être dubitatif devant une telle solution, notamment lorsque la sûreté instrumentée n'est pas une hypothèque, mais un nantissement de parts sociales, garantie au fonctionnement extrêmement technique auquel les notaires ne sont pas habitués¹. Peu importe que le client soit un professionnel du crédit, bien plus au fait des mécanismes bancaires et sociétaires que le notaire, ou encore qu'il soit accompagné d'un conseil juridique² : rien n'y fait, le notaire est

¹ R. Libchaber, obs. précitées.

² Civ. 1^e, 26 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 418, p. 291 (n° 94-13898) : dans cette affaire, la présence d'un conseil des parties a été jugée indifférente... alors même qu'il s'agissait d'un autre notaire ! A moins de considérer que le notaire-conseil en savait

toujours responsable ! La solution paraît encore plus injuste lorsque l'on sait que la circonstance que le notaire n'ait pas instrumenté lui-même les actes, mais se contente d'intervenir au stade de la constitution de la sûreté, est indifférente¹.

596. Il ne faut pourtant pas oublier qu'un devoir d'information ou de conseil est fondé avant tout sur le constat d'une asymétrie entre les parties : l'un sait, l'autre ignore. Lorsque les deux parties sont au fait des subtilités de la matière en cause, l'ignorance de celui qui était réputé en position de faiblesse ne devrait pas lui ouvrir le droit de se plaindre du défaut de conseil. Pourquoi le notaire, moins au fait des mécanismes juridiques à l'œuvre que son client et étranger au processus de formation de l'opération garantie, devrait-il être considéré comme un sachant alors qu'il se trouve, en réalité, en position d'infériorité tant juridique que factuelle ? La jurisprudence est ici véritablement excessive et transforme la responsabilité notariale en « assurance tous risques »². Il semble nécessaire de délaisser l'approche objective qui veut que « le notaire [soit] révééré en son étude »³ pour introduire une analyse subjective de bon aloi : lorsque le client est aussi compétent ou plus compétent que le notaire, il faut prendre en considération sa faute pour diminuer proportionnellement la créance de responsabilité qui devra être payée par l'assureur⁴. Cette règle jurisprudentielle doit être davantage utilisée. Il en va ainsi d'autant plus que le créancier ne peut obtenir des dommages-intérêts qu'à hauteur du préjudice subi, et non pas à hauteur du montant de sa créance. C'est faire peser une lourde charge sur les notaires, pour obtenir un résultat peu satisfaisant pour le créancier. Il ne faut pas s'en étonner : cette observation constitue une constante des techniques curatives de l'inefficacité de la sûreté,

moins que le notaire-rédacteur d'acte, auquel cas les parties ont très mal choisi, force est de constater que la Cour de cassation fait peser une responsabilité objective sur les épaules du notaire, de plein droit, du simple fait de l'inefficacité de la garantie instrumentée.

¹ Civ. 1^{er}, 7 mars 1995, précité ; Civ. 1^{er}, 3 avril 2007, *Bull. civ. I*, n° 143 (n° 06-13304) : « le notaire, tenu professionnellement d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'il instrumente, ne peut décliner le principe de sa responsabilité en alléguant qu'il n'a fait qu'authentifier l'acte établi par les parties ».

² J.-J. Ansault, obs. précitées ; M. Latina et J.-F. Sagaut, obs. précitées, n° 12. Pour un autre point de vue critique, v. C. Albigès, « Responsabilité notariale et sûretés réelles – L'exemple de la convention d'hypothèque », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 15 et s.

³ O. Deshayes, obs. précitées. La jurisprudence pousse ici trop loin le parallèle amorcé par Savatier entre le professionnel tenu d'un devoir de conseil et les mages d'autrefois, « indispensables intermédiaires entre le profane et tout ce que le monde gardait, en ce temps, pour l'homme, de mystérieux et de surhumain » (« Les contrats de conseil professionnel en droit privé », art. précité, n° 2). Il nous semble que le professionnel du crédit devrait pouvoir se déplacer librement dans les arcanes du nantissement de parts sociales...

⁴ Le partage de responsabilité est en effet trop peu souvent retenu en jurisprudence. Pour un exemple, v. Civ. 1^{er}, 29 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 72, p. 48 (n° 97-18734), retenant la faute de la banque qui n'a pas vérifié les pouvoirs de celui qui se présentait comme mandataire d'une société consentant un cautionnement hypothécaire.

qui se retrouve, *a fortiori*, dans l'étude de l'engagement de la responsabilité pénale d'une des parties au contrat de garantie.

B) Responsabilité pénale et sûreté

597. La disparition de la clarté initiale du système. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, après l'introduction du délit de détournement de gage et l'abrogation de l'incrimination spécifique de *stellionat* en matière de sûretés immobilières¹, le système de protection pénale des parties au contrat de sûreté mobilière était parfaitement clair. Cette première infraction, prévue à l'ancien article 400 du Code pénal², visait à sanctionner le comportement du constituant³ qui, ayant remis le bien grevé à son créancier, tentait par la suite de le récupérer frauduleusement. En miroir se trouvait l'infraction d'abus de confiance, siégeant dans l'ancien article 408 du même Code, qui fulminait sa sanction à l'encontre du créancier gagiste détournant le bien au préjudice du constituant. Cette « *juste corrélation* »⁴ était parfaitement intelligible : l'une des infractions sanctionnait le comportement du donneur de gage, l'autre celui de son bénéficiaire. La hiérarchie de la gravité des infractions était également respectée, la qualification de détournement de gage – considéré comme un agissement particulièrement répréhensible puisqu'il consiste en autre chose que la simple violation du contrat⁵ – entraînait l'application des sévères peines du vol, alors que la caractérisation d'un abus de confiance, moins nuisible, conduisait à l'infliction de sanctions plus douces⁶.

¹ Abrogée à la suite de la suppression de la contrainte par corps par une loi du 22 juillet 1867, cette incrimination avait pour but de sanctionner celui qui constituait une hypothèque sur un immeuble dont il savait qu'il appartenait à autrui ou celui qui vendait un immeuble grevé en mentant sur son état hypothécaire. V., par ex., C. Fleury, *Institution au droit français*, T. II, rééd. par E. Laboulaye et R. Dareste, Auguste Durand, 1858, p. 15 : « *ce qui est déjà obligé le peut être encore, comme il pourroit être vendu, sans préjudice de l'obligation précédente, pourvu que le prix n'en soit pas déjà consommé par la première obligation, auquel cas il y auroit stellionat* ».

² Actuel art. 314-5 C. pén.

³ Les tiers, en revanche, sont soumis au droit commun, ce qui implique que la répression pénale passe alors par les incriminations « classiques » que sont le vol, l'abus de confiance, l'escroquerie, etc. selon les cas. Voilà une preuve supplémentaire de l'existence de l'obligation réelle de garantie qui caractérise les sûretés réelles : pendant la période conservatoire, le constituant est tenu à des devoirs particuliers envers le bénéficiaire, ce qui se manifeste à travers l'existence d'une incrimination spécifique, dont l'élément matériel est plus facile à prouver que pour d'autres infractions, v. *infra*, n° 600.

⁴ M. Cordoën, commissaire du gouvernement, cité par J.-A. Roux, n. sous Crim., 13 mars 1909, S. 1912. 1. 236.

⁵ J.-A. Roux, n. précitée : « *ce n'est pas simplement la violation du contrat de bonne foi qui lui [le législateur] a paru exiger une sanction rigoureuse. C'est la violation revêtant une forme astucieuse ou brutale, qu'aggraveront ordinairement une violation de domicile, un bris de clôture ou une voie de fait* ».

⁶ Sur cette distinction v. not. J. Reynaud, *Le délit de destruction ou détournement d'objets saisis ou donnés en gage*, th. Lyon, Imprimerie Noirclerc et Fénérier, 1933, IX, p. 11 (l'auteur traite à ce stade du détournement d'objets saisis, mais la démonstration

598. L'unité du système a toutefois volé en éclats devant la création massive de gages sans dépossession s'insérant mal dans les catégories étroites du droit pénal. Fallait-il s'attacher à la qualification de la sûreté, l'idée de gage impliquant la caractérisation de l'infraction de détournement de gage, ou bien fallait-il au contraire se focaliser sur la situation concrète des parties, l'infraction d'abus de confiance correspondant mieux au cas dans lequel le constituant est en possession de son bien et n'a donc pas à commettre d'acte particulièrement répréhensible pour nuire aux droits de son créancier ? Le débat ne se tranche pas aisément, ce qui explique... qu'aucune solution claire n'ait été choisie. En effet, si le législateur a opté pour la deuxième hypothèse en renvoyant directement, dans certains régimes spéciaux, aux peines de l'abus de confiance¹, la jurisprudence a comblé les vides législatifs par l'application des règles relatives au détournement de gage au nantissement de fonds de commerce d'abord², au gage automobile ensuite³.

599. La situation actuelle est ainsi proprement incompréhensible. Les solutions sont certaines dans le gage avec dépossession, où seules les peines de l'infraction d'abus de confiance peuvent sanctionner le bénéficiaire détournant le bien grevé et seul le détournement de gage peut être reproché au constituant adoptant le même comportement. En revanche, en matière de gage sans dépossession, rien n'est clair. Le constituant peut se voir appliquer les peines de l'abus de confiance ou du détournement de gage selon la sûreté considérée, la règle semblant être que si le législateur n'a rien prévu expressément, c'est le régime de cette deuxième infraction qui s'applique. Le système initial, qui reposait sur une dualité d'infractions pour sanctionner le constituant et le créancier qui dissipent l'assiette de la sûreté, ne fonctionne

peut être reprise *mutatis mutandis* à propos des objets gagés) : « il y a en effet une certaine analogie entre l'attitude du débiteur saisi qui détourne les choses confiées à sa garde et celle de l'auteur d'un abus de confiance. Tous deux sont en possession et tous deux violent la convention en vertu de laquelle ils ont obtenu cette possession. En second lieu l'article 400 sanctionne le détournement commis par le même personnage, mais lorsqu'un tiers a été nommé gardien. Ici l'attitude du délinquant peut être comparée à celle d'un voleur : il s'empare d'une chose dont il a perdu la libre jouissance, il se rend coupable d'une espèce de soustraction. C'est pourquoi il est passible des peines de l'article 401, qui sont les peines du vol proprement dit ». Adde H. Matsopoulou, « Les spécificités du délit de détournement de gage », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint – Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 431.

¹ V. les art. L. 523-13, L. 524-17 et L. 525-19 C. com. pour les warrants hôtelier et pétrolier ainsi que le « nantissement » de matériel et d'outillage, l'art. L. 342-14 C. rural pour le warrant agricole, l'art. 251 du Code des douanes pour l'hypothèque maritime et, enfin, les art. L. 4143-1 et L. 6142-7 C. transports pour les hypothèques fluviale et aérienne.

² Crim., 13 mars 1909, S. 1912. 1. 236, n. J.-A. Roux : « le §5 de l'art. 400 est conçu en termes généraux ; il ne renferme ni n'autorise aucune distinction, selon que le gage est dans la possession du créancier ou dans celle du débiteur ; il punit, dans l'un comme dans l'autre cas, le détournement du gage par celui qui l'a donné » ; Crim., 25 juillet 1912, S. 1914. 1. 116. Ces deux décisions appliquent l'incrimination de détournement de gage à la vente d'éléments appartenant au fonds de commerce nanti.

³ Crim., 18 janvier 1950, S. 1950. 1. 193, n. A. Légal.

plus. Cela ne devrait pas étonner : l'incrimination spécifique de détournement de gage a été pensée pour le gage avec dépossession et n'est donc plus adaptée au droit positif¹. L'inexistence d'un droit commun pénal des sûretés conventionnelles ne doit donc pas surprendre, mais il ne faut pas pour autant s'y résigner.

600. Simplification du droit pénal des sûretés préférentielles. Aujourd'hui, que recoupe véritablement la distinction du détournement de gage et de l'abus de confiance ? Leurs conditions d'application sont extrêmement proches, voire identiques, les comportements sanctionnés par la jurisprudence au titre du détournement de gage coïncidant très exactement avec la typologie des cas de détournement établie par la doctrine en matière d'abus de confiance². Les éléments matériels des deux infractions sont donc similaires, ce qui est également vrai pour leurs éléments moraux³. Dès lors, ne pourrait-on pas imaginer incriminer le comportement des constituants par le biais d'une seule et même infraction, dont la gravité varierait selon la situation matérielle des parties ? Les régimes spéciaux ne s'y trompent pas, lesquels se gardent bien d'affirmer que la dissipation d'un bien grevé d'un gage sans dépossession constitue un abus de confiance, mais seulement que les peines de l'abus de confiance s'appliquent⁴. On pourrait ainsi supprimer l'infraction de détournement de gage et créer une incrimination plus large de détournement d'objet grevé d'une sûreté mobilière⁵

¹ J. Reynaud, th. précitée, X, p. 13, ainsi que III, pp. 78-79.

² Les mêmes actes matériels sont en effet sanctionnés, essentiellement l'usage abusif de la chose, le retard dans la restitution ainsi que le refus de restituer. V., entre autres A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, n° 762 et s., p. 538 et s. ainsi que n° 838 et s., p. 597 et s. ; P. Salvage-Gerest et Ph. Salvage, « Droit pénal et sûretés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Languier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, n° 21, pp. 296-297 ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey, 17^e éd., 2019, n° 552 et s., p. 363 et s. Les juges sont parfois plus exigeants avec le constituant d'un gage, qui peut être sanctionné pour le simple déplacement du bien grevé en l'absence d'avertissement du créancier (Crim., 11 mai 2000, n° 99-85200). Cette sévérité ne doit cependant pas étonner. Le constituant est tenu plus sévèrement que les tiers en raison de l'obligation réelle qui pèse sur lui : il ne faut pas oublier qu'il s'est engagé à assurer la sécurité du créancier entre la date de constitution de la sûreté et l'échéance de sa créance. En cherchant à anéantir la garantie qu'il a lui-même procuré, ou en passant un acte susceptible d'amoinvrir son efficacité, il se contredit au détriment de son créancier, qui pouvait légitimement s'attendre à échapper à la loi du concours en cas de défaillance. Cela mérite une sanction exemplaire.

³ P. Salvage-Gerest et Ph. Salvage, « Droit pénal et sûretés », n° 21, p. 298. La simple imprudence n'est pas sanctionnée, mais il suffit que le délinquant ait agi en connaissance de l'atteinte qu'il allait porter aux droits du gagiste pour que l'intention coupable soit constituée.

⁴ Sauf en matière de warrant agricole, v. l'art. L. 342-14 C. rural, qui mentionne « l'inculpation [...] d'abus de confiance », sans que l'on parvienne à s'expliquer cette différence de rédaction. V. J. Reynaud, th. précitée, pp. 90-91, expliquant que les rédacteurs des textes spéciaux envisageaient le constituant du gage sans dépossession comme un mandataire-dépositaire du bénéficiaire, ce qui permet de comprendre d'où vient la « remise » nécessaire à la qualification d'un abus de confiance. L'analyse apparaît éminemment artificielle : les biens grevés ne sont évidemment pas remis par le créancier au constituant, qui ne cesse d'en être le propriétaire. Un constituant qui détournerait ces biens ne se rendrait donc pas coupable d'un abus de confiance, mais adopterait un comportement analogue à ce qui caractérise l'élément matériel de cette infraction.

⁵ La jurisprudence s'est déjà montrée favorable à l'application de l'incrimination de détournement de gage à des nantissements, notamment en matière de « délégation de recettes » accompagnant un nantissement de film cinématographique, v. Crim., 12 avril

divisée en deux branches. La première branche se concentrerait sur l'hypothèse la plus grave, c'est-à-dire le cas dans lequel le constituant cherche à récupérer le bien grevé détenu par le créancier, alors que la deuxième s'intéresserait au cas dans lequel le constituant de la sûreté sans dépossession commet le détournement en possédant d'ores et déjà la mainmise matérielle sur l'assiette de la sûreté. Dans le premier cas, l'infracteur serait passible des peines du vol et, dans le second, des peines de l'abus de confiance. Le créancier à qui le bien a été remis resterait, bien sûr, susceptible de commettre un véritable abus de confiance.

601. On pourrait même se demander s'il ne faudrait pas aller plus loin et briser la *summa divisio* des sûretés mobilières et immobilières en ce domaine. On connaît la réticence du droit pénal à sanctionner les infractions commises sur les immeubles¹. Leur nature ainsi que les règles de publicité foncière rendraient plus ardue la commission d'infractions portant atteinte aux droits sur de tels biens². On peut n'être pas convaincu par ces arguments. D'une part, en effet, il est possible que le créancier détourne les fruits de l'immeuble grevé. En matière de gage immobilier ou d'hypothèque avec cession de loyers, les fonds ne lui sont remis qu'aux fins d'imputation sur sa créance et donc de remboursement progressif de la dette du débiteur. Si leur affectation est méconnue par le créancier qui les utilise pour remplir ses propres objectifs, il semblerait que tant l'élément matériel que l'élément moral de l'abus de confiance soient caractérisés³. D'autre part, s'il est effectivement plus difficile de commettre une atteinte juridique aux droits du titulaire d'une sûreté immobilière, la nature du bien grevé n'a aucune influence sur la possibilité de porter une atteinte matérielle à ses droits⁴. Un constituant pourrait tout à fait décider de dégrader volontairement l'immeuble affecté à la garantie du paiement de la créance. Les juges entendent très souplesment la notion de « détournement » au fondement de l'incrimination de détournement de gage, dans la mesure où doit être sanctionné tout agissement

1995, *Bull. crim.*, n° 155, p. 435 (n° 94-82970). V. également, favorable à cette interprétation large, A. Aynès, « Droit pénal et droit des sûretés », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, n° 16, pp. 582-583, se fondant sur le texte de l'ordonnance du 23 mars 2006.

¹ V. par ex., à propos de l'incrimination d'abus de confiance, N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012. 964 : « *L'immeuble n'est pas susceptible d'appropriation frauduleuse puisque l'interversion de possession qui le concerne, lorsqu'elle est civilement reçue, déclenche un délai de prescription acquisitive dont le droit permet à la victime d'interrompre le cours. L'abus de confiance ne serait donc pas, ici, dans son rôle* », ainsi que les arrêts cités à la note 41.

² Sur tous ces points, v. A. Aynès, « Droit pénal et droit des sûretés », art. précité, n° 4 et s., p. 575 et s. ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, n° 226 et s., p. 150 et s.

³ Dans le même sens, v. J. Reynaud, th. précitée, III, p. 71.

⁴ Certains warrants permettent déjà de sanctionner le détournement de sûreté portant sur des immeubles, tant par destination que par nature, v. M. Redon, « Warrant », *Rép. pénal*, juin 2018, n° 15.

rendant plus difficile l'exercice des droits du gagiste¹. La généralisation à toute sûreté préférentielle, mobilière ou immobilière, ne remettrait pas en cause cette définition et contribuerait à l'accroissement de la protection des bénéficiaires de sûretés conventionnelles.

602. L'extension des règles pénales aux garanties exclusives. En réalité, la question présentant la plus grande incidence, pratique comme théorique, est celle de savoir si les parties à un contrat de garantie exclusive peuvent se voir appliquer les peines de l'abus de confiance ou du détournement de gage². La jurisprudence a déjà partiellement répondu à la question, dans la mesure où elle a pu affirmer que tant le crédit-preneur d'un véhicule automobile qui l'a délaissé à la suite d'un accident que celui d'une pelle hydraulique qui a revendu le bien sans avoir réglé l'intégralité des loyers se rendaient coupables d'abus de confiance³. La doctrine classique retient pourtant la position contraire en matière de vente avec réserve de propriété : le but recherché par le contrat consistant à transférer *in fine* à l'acquéreur la propriété du bien grevé, il semblerait illogique de considérer que l'on puisse reprocher à ce dernier d'avoir, par exemple, revendu la chose. Sa vocation à la propriété exclurait la précarité de la remise⁴, interprétation renforcée par l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant, qui pose en principe le pouvoir de l'acquéreur de disposer du bien vendu⁵. Il nous semble pourtant que l'abus de confiance a un rôle à jouer dans l'hypothèse où les parties ont stipulé une clause interdisant à l'acheteur de disposer du bien avant le paiement intégral du prix, ce qui ne peut

¹ V., entre autres, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^e éd., 2019, n° 674, p. 527, qui estime que doit être considéré comme un détournement « tout acte qui compromet la réalisation du gage », car « le débiteur ne doit pas compromettre la possibilité pour le créancier d'exercer son droit de préférence et son droit de suite ». De même, on a pu affirmer que le détournement se trouvait constitué par « toute opération visant à anéantir ou à amoindrir les droits que le créancier tient de son gage [...], tout acte qui retarde la réalisation dudit gage » (A. Lepage et H. Matsopoulou, *op. cit.*, n° 844, pp. 600-601). V. également X. Pin, « Droit pénal et droit des sûretés (l'alliance du feu et de la glace) », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – Regards croisés*, Editions Cujas, coll. Actes & Etudes, 2012, p. 146 : « la jurisprudence entend largement la notion de détournement, en l'appliquant à tout acte ayant pour effet de compromettre la réalisation du gage ».

² V., assez favorable à l'application du droit pénal aux « nouvelles sûretés », Ph. Delebecque, « Droit pénal et droit des sûretés », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – Regards croisés*, Editions Cujas, coll. Actes & Etudes, 2012, n° 13 et s., p. 142 et s.

³ Crim., 14 février 1979, *Bull. crim.*, n° 68, p. 185 (n° 78-92315) ; Crim., 3 juillet 1980, *Bull. crim.*, n° 212 (n° 78-93705).

⁴ C. Mouly, « Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *Cah. dr. ent.*, 1995/5, n° 8, p. 7 : « en vendant à crédit, et en livrant avant paiement, le vendeur laisse implicitement mais nécessairement à l'acheteur toutes les prérogatives du propriétaire. Les marchandises ne lui sont pas remises pour être restituées, ce qui exclut l'abus de confiance [...] La vente est entièrement tournée vers ce transfert de propriété, ce qui légitime l'usage que l'acheteur en possession peut faire de marchandises ou équipements dont il n'est pas encore totalement propriétaire » ; C. Ophèle-Rossetto, « Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens », *RTD Com.* 1995. 87 : « l'acquéreur recevant le bien l'accepte en premier lieu au titre de la vente, et accessoirement grevé de la clause. Celle-ci ne jouera qu'en cas de pathologie du contrat de vente, c'est-à-dire si le débiteur n'exécute pas son obligation principale, à savoir le paiement. On peut dès lors douter que la remise soit effectuée, même dans le cadre d'une vente avec clause de réserve de propriété, à charge de restitution ou de représentation ».

⁵ Art. 2372, al. 1 de l'avant-projet.

concerner que le matériel destiné à demeurer un certain temps entre les mains de l'acquéreur et non les biens ayant vocation à circuler rapidement, tels que les stocks. Une telle clause n'impose-t-elle pas au débiteur de « *faire un usage déterminé* » du bien vendu, conformément aux termes de l'article 314-1 du Code pénal ? Revendre le bien malgré la prohibition expresse posée par la clause devrait donc conduire à l'application de sanctions tant civiles que pénales. Il nous semble alors que si, dans la plupart des cas, l'acquéreur d'un bien grevé d'une clause de réserve de propriété se trouve à l'abri de la répression pénale, un abus de confiance devrait pouvoir lui être reproché si le bien était vendu malgré la stipulation d'une interdiction de disposer¹. Le bien serait ainsi « détourné » en pleine connaissance des droits du créancier-proprétaire.

603. Il devrait en aller de même en matière de fiducie-sûreté. Voilà un bien exclusivement affecté à la garantie du paiement d'une créance et un constituant refusant de le remettre au créancier à l'échéance après une mise en demeure, ou le déplaçant pour rendre son appréhension plus délicate, ou encore un fiduciaire refusant de restituer ce bien malgré la bonne exécution de ses obligations par le constituant. En quoi ces situations diffèrent-elles des hypothèses explorées précédemment à propos du constituant du gage et du créancier gagiste ? Le constituant d'une fiducie qui refuse de remettre le bien grevé à son cocontractant sans droit commet un acte analogue à l'élément matériel de l'abus de confiance². Le fiduciaire qui refuse de restituer le bien grevé au constituant une fois ses obligations exécutées commet un véritable

¹ Rapp. C. Souweine, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, n° 30, p. 324 : « *quant à la vente avec réserve de propriété, nous pensons qu'elle ne donnera pas lieu, le plus souvent, à la commission d'un abus de confiance car la commune intention des parties est en général de laisser l'acheteur disposer librement de la chose avant de l'avoir payée et d'en avoir acquis la propriété, à défaut de quoi, l'opération ne présenterait pour lui guère d'utilité* » (c'est nous qui soulignons). V. également F. Pérochon, « La réforme 1994 de la réserve de propriété », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *Cah. dr. ent.*, 1995/5, n. 8, p. 26. Certains juges du fond ont déjà statué en ce sens par le passé, v. CA Paris, 10^e Chambre correctionnelle, 4 janvier 1932, *Gaz. Pal.* 1932. 1. 480 ; CA Caen, 2^e Chambre, 17 mai 1934, *Gaz. Pal.* 1934. 2. 263.

² C'est exactement ce qu'a décidé la Cour de cassation dans une affaire où le constituant d'une cession Dailly qui avait perçu les fonds issus des créances cédées les avait détournés au profit d'une autre banque, v. Crim., 5 décembre 2001, n° 00-86516 : « *en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, le délit d'abus de confiance au regard des dispositions des articles 408 ancien et 314-1 du Code pénal, dès lors qu'après la cession de créances, le cédant devient le mandataire de la banque et est tenu, à ce titre, de reverser à son mandant les sommes perçues* ». V., également en ce sens, R. Ollard, « La fiducie : aspects de droit pénal », *RSC* 2009. 545, n° 22 : « *au regard de ces pouvoirs limités, il ne paraît pas excessif de considérer que le fiduciaire peut se rendre coupable d'abus de confiance, toutes les fois que ce dernier s'arroge les pouvoirs d'un propriétaire véritable sur les biens à lui remis. Conformément au concept classique de détournement, le fiduciaire se comporterait alors, contrairement à son titre de détention, en maître des biens remis et viendrait ainsi contredire les droits concurrents d'autrui sur ces biens – même éventuels ou en germe –, ceux du constituant ou ceux du tiers bénéficiaire* », ainsi que « *Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété* », *Droit pénal*, avril 2012, étude 9, n° 23. Sur l'impossibilité de considérer le fiduciaire comme un véritable propriétaire, v. *supra*, n° 69 et s.

abus de confiance. Le constituant d'une fiducie qui cherche à déposséder le bénéficiaire de la sûreté du bien grevé se rend coupable d'un « détournement de gage » qui ne peut être sanctionné sur le fondement de l'article 314-5 du Code pénal en raison de sa formulation restrictive.

604. Synthèse et portée des solutions relatives au droit pénal. Dès lors, la meilleure solution nous paraît être d'abroger le délit de détournement de gage du Code pénal ainsi que les divers textes issus des régimes spéciaux qui appliquent les peines de l'abus de confiance aux constituants des gages sans dépossession pour consacrer un texte unique incriminant le détournement d'objet grevé d'une garantie réelle dans les dispositions générales introduisant le Titre II du Livre IV du Code civil. On pourrait y lire que « *Le fait, par un constituant de sûreté avec dépossession, de détruire ou de détourner ou de tenter de commettre ces actes sur l'objet affecté en garantie est puni des peines prévues pour le vol par les articles 311-3 à 311-10 du Code pénal.*

Est puni des peines prévues pour l'abus de confiance par les articles 314-1 et 314-10 du Code pénal, le fait, pour tout constituant d'une sûreté sans dépossession, de détruire ou de tenter de détruire, de détourner ou de tenter de détourner l'assiette de la garantie en vue de faire échec aux droits du créancier ».

605. Le premier alinéa, remplaçant le délit de détournement de gage et appliquant les peines du vol, concernerait ainsi le constituant d'une sûreté avec dépossession – gage, gage immobilier, fiducie-sûreté classique – qui chercherait à réduire les droits du créancier sur l'assiette de sa garantie. Le deuxième alinéa, qui fait référence aux peines de l'abus de confiance, renverrait à l'hypothèse dans laquelle le constituant d'une sûreté sans dépossession – y compris la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition – commettrait un acte similaire. Par ailleurs, le bénéficiaire d'une sûreté avec dépossession et l'acheteur d'un bien grevé d'une clause de réserve de propriété avec interdiction de disposer du bien devraient pouvoir se voir reconnaître coupables d'abus de confiance, en raison de l'absence de caractère définitif de la remise de la chose qui est opérée dans ces deux situations. La *summa divisio* du droit pénal des sûretés réelles consisterait donc à opposer les situations dans lesquelles le constituant veut appréhender un bien qu'il a remis à son créancier, infractions les plus graves,

aux situations dans lesquelles celui qui détient le bien grevé le détourne de sa finalité, ce qui s'apparente à un abus de confiance sans se confondre avec cette infraction¹.

606. Trois avantages pourraient en être tirés. Tout d'abord, d'un point de vue purement théorique, cette consécration permettrait de donner davantage de « corps » à l'idée selon laquelle la période conservatoire de la sûreté réelle existe véritablement. Ensuite, il s'agirait d'un pas supplémentaire vers la clarification du droit des sûretés par la suppression de multiples textes redondants répartis en différents Codes et donc vers la consécration du Code civil comme le siège du droit commun des sûretés réelles. Enfin, la simplification du droit pénal des sûretés serait également appréciable. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, l'engagement de la responsabilité d'une partie à l'opération n'est pas pleinement satisfaisant : les techniques curatives ne constituent qu'un pis-aller qui ne pallie pas les conséquences de l'inefficacité de la garantie ou la perte du bien grevé. La condamnation du constituant au paiement d'une amende apaise sans doute la soif de vengeance du créancier dont les droits ont été bafoués, mais n'équivaut absolument pas au paiement de sa créance². C'est dire que l'essentiel se loge bien dans les techniques préventives de l'inefficacité de la sûreté, seules à même de permettre au créancier de mettre en œuvre son droit de gage spécial au jour de la défaillance du débiteur.

607. Conclusion de la section 2. Une fois la sûreté valablement constituée, il faut encore s'assurer que la valeur de son assiette se maintienne jusqu'à l'échéance de la créance garantie, afin qu'elle joue son rôle de satisfaction du créancier en cas de défaillance du débiteur, ou pour s'assurer que la sûreté n'a causé aucune perte au constituant si l'obligation garantie devait être correctement exécutée. Deux techniques préventives permettent d'assurer la sécurité du créancier. L'indivisibilité, propre au droit des sûretés réelles, fortifie la garantie en admettant sa permanence nonobstant la division de son assiette ou de la créance garantie. La subrogation réelle, qui n'est pas propre à la matière enseignée, adopte une physionomie un peu particulière afin de se couler dans le « moule » des sûretés réelles. Ses conditions sont assouplies dans les

¹ Sur cette idée, v. not. A. Légal, n. sous Crim., 18 janvier 1950, S. 1950. 1. 193.

² En un sens similaire, M. Cabrillac, th. précitée, n° 209, p. 260 : « *quelle que soit l'ampleur des pénalités et leur répercussion dans le public, l'on ne saurait reconnaître aux sanctions pénales des vertus qu'elles ne peuvent avoir. Susceptibles d'inciter le débiteur à respecter l'attitude qui lui est prescrite, elles ne peuvent donner au créancier l'assurance qu'il retrouvera l'objet de sa garantie au moment voulu* ». R. Roblot, « Les sûretés mobilières sans déplacement », art. précité, n° 11, p. 373 : « *cette menace est elle-même peu efficace, car en général le créancier désire avant tout rentrer dans ses crédits, et se soucie médiocrement de conduire son débiteur en police correctionnelle* ».

relations entre créancier et constituant, dans la mesure où il n'est pas nécessaire d'observer un strict rapport de provenance entre le bien remplacé et le bien de remplacement. Elles sont en revanche plus strictes vis-à-vis des tiers, étant donné que la subrogation réelle ne peut être admise que si l'assiette ancienne et l'assiette nouvelle sont de valeur équivalente, afin que l'institution ne soit pas détournée de son objectif. Elle doit servir uniquement à la conservation des droits du créancier, non à leur accroissement au cours de la vie de la sûreté, contre les conséquences duquel les tiers ne peuvent se prémunir.

Viennent ensuite les techniques curatives, visant à adoucir les conséquences de l'inefficacité de la sûreté ou tout simplement à sanctionner l'auteur du dommage. De manière assez générale, on peut affirmer que la partie qui détient les biens composant l'assiette et porte une atteinte matérielle ou juridique au droit de son cocontractant engage sa responsabilité civile. Toutefois, il existe tout de même une petite particularité en droit des sûretés réelles dans la mesure où il est parfois possible d'engager la responsabilité d'un tiers dont la mission était de veiller à l'efficacité de la sûreté. Au premier rang de ces tiers vient évidemment le notaire, extrêmement solvable en raison de l'assurance professionnelle, ce qui peut conduire à lui faire tenir le rôle d'un débiteur de substitution, désintéressant partiellement le créancier lorsque sa faute a diminué la sécurité que le créancier pouvait légitimement attendre de sa garantie. Il est enfin possible d'engager la responsabilité pénale de la partie qui dissipe l'assiette d'une sûreté réelle, par le biais d'une incrimination originale qui ressemble assez à l'abus de confiance. La « peur du gendarme » devrait conduire les parties au contrat de sûreté à respecter les droits de leur cocontractant, mais les vertus curatives d'une telle sanction sont évidemment très minces... Quoiqu'il en soit, si la vie de la sûreté s'est déroulée sans encombre ou si une technique préventive de l'inefficacité de la sûreté a été mise en œuvre avec succès, la défaillance du débiteur à l'échéance de la créance garantie sonne la fin de la phase conservatoire et l'ouverture du début de la phase de réalisation de la sûreté.

Section 3 : La phase de réalisation de la sûreté

608. Plan. Si la sûreté a été constituée et publiée conformément aux exigences légales et que l'assiette a survécu à la phase conservatoire, alors la phase de réalisation peut s'ouvrir dès

l'échéance de la créance garantie, si le débiteur s'avère défaillant. C'est essentiellement vers ce moment de la vie de la garantie que les regards se tournent lorsque l'on évoque le droit commun des sûretés réelles¹, dans la mesure où il s'agit de « *l'épreuve de vérité pour le créancier* »², et que l'ordonnance du 23 mars 2006 a largement harmonisé le régime de la réalisation des différentes sûretés. C'est également à ce stade que le rapprochement est le plus facile à réaliser : la multitude de textes spéciaux quasi-identiques qui cohabitent aujourd'hui ne vaut certes pas existence d'un droit commun, mais permet de disposer d'une base solide afin de réaliser leur unification.

Il faut tout d'abord explorer le mode classique de réalisation des sûretés réelles. En divisant la phase de réalisation en ses deux temps, l'exécution puis la distribution³, l'on se rend compte que le titulaire d'une sûreté réelle est traditionnellement dépourvu d'avantages dans l'exécution, avant que la garantie ne manifeste ses effets au cours de la distribution. Il est traité avant tout comme un créancier chirographaire, capable de tirer son épingle du jeu en raison de sa cause légitime de préférence, qui permet d'écarter la règle de distribution par contribution (§1).

Il faut ensuite s'intéresser aux modes « nouveaux » de réalisation de la sûreté, qui fonctionnent par l'attribution de la propriété des biens composant son assiette au créancier. Cette attribution peut être judiciaire ou conventionnelle, auquel cas elle prend le nom de « pacte comissoire ». Si l'option entre la réalisation « classique » par la mise en œuvre de l'exécution forcée et de la réalisation « nouvelle » par l'attribution du bien grevé semble appartenir au droit commun des sûretés réelles, il reste à déterminer les principes sur lesquels elle repose. Il ne suffit pas d'affirmer qu'elle permet de transformer la préférence en exclusivité dans l'optique de renforcer l'attractivité des sûretés réelles préférentielles face aux garanties exclusives. L'analyse de son mécanisme démontre que l'exclusivité conférée est purement procédurale : elle offre des facilités d'exécution aux créanciers qui la mettent en œuvre, alors qu'au stade de la distribution, l'ordre des droits de préférence continue à faire sa loi (§2).

¹ V., par ex., N. Balat, th. précitée, n° 596 et s., p. 371 et s. ; M. Bourassin, « Vers un droit commun des sûretés ? », *D.* 2006. 1380 ; O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », art. précité ; Ph. Théry, « Variations sur le droit de poursuite du créancier », in *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 476.

² Ph. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », art. précité, n° 21.

³ V., par ex., la structure de l'art. L. 311-1 CPCE : « *la saisie immobilière tend à la vente forcée de l'immeuble [...] en vue de la distribution de son prix* ».

§1) Les procédures classiques d'exécution forcée

609. Plan. On affirme classiquement qu'« *il n'est pas de [l'] essence [de la sûreté] de procurer un privilège en matière de voies d'exécution* »¹. En effet, l'accès à la valeur des biens du débiteur se fait par le biais du droit de gage général, attribut du droit de créance et non de la sûreté réelle. Dans la plupart des hypothèses, le bénéfice d'une obligation réelle de garantie n'offre pas d'avantages au titulaire de la sûreté dans la période qui s'étend de la défaillance du débiteur à la vente forcée de ses biens. Le droit commun de l'exécution forcée s'applique donc indistinctement à tous les créanciers, chirographaires ou non (A).

En revanche, comme l'indique de manière très nette l'article 2285 du Code civil, la sûreté déploie ses effets les plus considérables au stade de la distribution du produit de la vente forcée des biens composant son assiette. La titularité d'une sûreté permet d'écarter la répartition proportionnelle des fonds ou « distribution par contribution ». Tous les créanciers ne sont pas désintéressés à parts égales, le principe reposant sur le respect des rangs octroyés par les causes légitimes de préférence. Toutefois, cet avantage éminent voit son importance diminuer au fur et à mesure de l'augmentation du nombre des privilèges (B).

A) L'absence de préférence dans l'exécution

610. Egalité entre les créanciers dans l'exécution. Pendant fort longtemps, le droit de l'exécution a traité la majorité des titulaires de sûretés comme de simples créanciers chirographaires². Pas plus que les autres, ils n'avaient le droit de contourner les règles impératives posées par le Code des procédures civiles d'exécution : la clause de voie parée, permettant de recourir à l'exécution forcée hors des textes légaux, demeure prohibée dans l'hypothèse où le créancier opterait pour la réalisation de sa garantie en recourant à une saisie³.

¹ M. Giray et X. Ginon, « Les sûretés réelles traditionnelles », in *Les garanties du financement*, 82^e Congrès des notaires de France, Nice, 1986, p. 437, cité par C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 78, p. 109.

² Il faut, bien entendu, exclure de ce propos les bénéficiaires d'un gage commercial, d'un nantissement de compte-titres, ou encore les quelques créanciers privilégiés qui disposent d'une procédure spécifique d'exécution forcée, v. *supra*, n° 354 et s. Ces dérogations éparses ne permettent toutefois pas de renverser le principe.

³ V. l'art. L. 111-1 CPCE, ainsi que les art. 2346 et 2458 C. civ., le deuxième étant applicable au gage immobilier par renvoi de l'art. 2388, al. 2 C. civ.

Cela s'explique essentiellement pour des raisons historiques. Sans vouloir retracer les grandes étapes de l'évolution du droit des sûretés – ce qui a été réalisé de manière très complète dans d'autres travaux¹ – l'on se bornera à rappeler que l'obligation romaine ne conférait pas au créancier le droit de faire vendre les biens de son débiteur défaillant afin de se payer sur leur prix. C'est d'abord la possibilité d'exercer une contrainte sur la personne du débiteur, ou d'un otage, qui renforçait les droits du créancier. Par la suite, l'insertion par les praticiens d'un *pactum de distrahendo* dans le contrat de *pignus* a permis au titulaire d'une sûreté d'obtenir satisfaction en se désintéressant sur la contre-valeur des biens de son débiteur², avant que le *jus distrahendi* ne soit étendu à l'ensemble des obligations, même chirographaires. D'où l'on voit que le mal nommé « droit de gage général » trouve ses origines dans l'Histoire et que, comme l'affirme M. Gooma, « l'histoire de l'obligation, ce n'est que l'histoire du crédit, ou plutôt l'histoire des moyens garantissant et assurant le crédit »³.

611. Le droit de saisir les biens de son débiteur défaillant, annoncé à l'article 2284 du Code civil, constitue donc une pièce maîtresse du « régime patrimonial primaire »⁴ applicable à tout créancier depuis bien longtemps⁵. Classiquement, les deux temps de la réalisation de la sûreté pouvaient donc être résumés de la manière suivante : le bénéficiaire était d'abord considéré comme un chirographaire, participant à l'exécution forcée au titre de son droit de gage général, la rupture d'égalité entre les créanciers se manifestant dans la distribution du

¹ C. Gijssbers, th. précitée, n° 49 et s., p. 46 et s. ; A. Segall, *La réalisation amiable du gage (Etude de lege ferenda)*, th. Paris, Rodstein, 1936, p. 16 et s. ; C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 16 et s., p. 26 et s. V. également P. Hébraud, « La réalisation des droits des créanciers dans la saisie immobilière », *DH* 1939. chron. VI, n° III, p. 23 : « le créancier hypothécaire est, en même temps, un créancier chirographaire ».

² Sur l'importance du rôle de la pratique dans l'évolution du *pignus*, v. C. Jallamion, « Le rôle des notaires dans la création et le succès des sûretés réelles », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 6 et s.

³ N. K. M. Gooma, *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. LXXXVIII, 1968, n° 273, p. 245.

⁴ Ph. Théry, *op. cit.*, n° 6, p. 22.

⁵ La question s'est toutefois posée de savoir si le créancier qui cumule les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, qui se résout en principe, en cas de défaillance du débiteur, par l'acquisition de la libre disposition du bien au profit du premier cité, se voyait nier toute possibilité de vendre le bien donné en fiducie selon les modalités prévues par le droit de l'exécution. Avec Mme Séjean-Chazal, il nous semble difficile de voir autre chose dans la possibilité d'une « stipulation contraire » aux art. 2372-3 et 2488-3 C. civ. que la faculté de renoncer à l'attribution du bien pour en poursuivre la vente. L'option est d'ores et déjà ouverte au profit du créancier qui n'est pas le fiduciaire et, par ailleurs, on comprendrait mal pourquoi le bénéficiaire d'une fiducie, si bien traité par ailleurs, devrait être privé de la prérogative de base de tout créancier : lui aussi peut ne pas vouloir devenir propriétaire d'un bien appartenant initialement à son débiteur. Par conséquent, il nous semble cohérent de consacrer la possibilité pour tout titulaire de sûreté réelle de recourir aux voies d'exécution forcée. Sur tous ces points, v. C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 251 et s., p. 311 et s. Dans un objectif de cohérence avec le droit positif des sûretés préférentielles, il devrait d'ailleurs s'agir du seul mode valable de réalisation d'une fiducie-sûreté immobilière.

produit de la vente des biens grevés. L'objectif avoué de ce traitement résidait dans la protection du débiteur et des tiers.

612. Protection du débiteur et des tiers. Si le bénéficiaire d'une sûreté est traité comme un créancier *lambda* dans le cadre de l'exécution forcée, la conséquence immédiate en est l'application intégrale du droit commun de l'exécution forcée contenu dans les textes du Code des procédures civiles d'exécution¹. Le débiteur voit ainsi ses intérêts fortement protégés : le créancier ne peut entamer une procédure sans disposer d'un titre exécutoire constatant l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible², peut se voir sanctionner par le juge de l'exécution dans l'hypothèse où la mesure d'exécution est disproportionnée, qu'elle soit inutile ou qu'elle cause un grave préjudice au débiteur, serait-ce par imprudence³, se voit obligé de respecter les insaisissabilités édictées par la loi⁴, les limitations temporelles fixées par le droit de l'exécution dans l'optique de protéger la dignité du débiteur⁵, ainsi que le principe de subsidiarité, qui lui impose de réaliser l'immeuble sur lequel il dispose d'une hypothèque ou d'un privilège avant de saisir d'autres immeubles⁶, ou encore de ne pas pratiquer de saisie-vente dans un local servant à l'habitation du débiteur pour le recouvrement d'une créance qui n'est pas alimentaire et d'un montant inférieur à 535 euros, à moins qu'une saisie sur compte de dépôt ou une saisie des rémunérations du débiteur soit impossible⁷.

613. Les intérêts des tiers sont également préservés du fait de l'absence d'exclusivité procédurale au profit du titulaire d'une sûreté réelle. Sa diligence peut certes lui conférer la qualité de « chef d'orchestre » de la procédure... ce qui est vrai également pour tout créancier chirographaire premier saisissant ! Les autres titulaires d'un titre exécutoire constatant l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible peuvent participer à la procédure par le

¹ V. également C. Gijsbers, th. précitée, n° 206 et s., p. 194 et s.

² Art. L. 111-2 CPCE.

³ Art. L. 111-7 CPCE. V. J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », art. précité, n° 40, p. 458, qui rappelle le droit légitime du créancier impayé à saisir et faire vendre les biens de son débiteur, mais qui estime qu'il « *en abuse, non seulement lorsqu'il détourne la voie d'exécution de sa finalité naturelle pour en faire une mesure vexatoire sans utilité directe, mais encore, lorsqu'il la met en œuvre avec excès, en saisissant, aux fins pourtant de recouvrement, des biens d'une valeur très supérieure au montant de sa créance* ». L'auteur applique ces mêmes critères à la réalisation des sûretés un peu plus loin, n° 52, p. 465.

⁴ Art. L. 122-2 CPCE.

⁵ Art. L. 141-1 CPCE.

⁶ Art. L. 311-5, al. 2 CPCE.

⁷ Art. L. 221-2 et R. 221-2 CPCE.

biais d'une opposition-jonction¹, une fois l'information relative à la saisie transmise. Si l'autorité chargée de la vente ne rencontre aucun obstacle en matière immobilière, dans la mesure où il suffit de lever un état hypothécaire de l'immeuble au service de la publicité foncière, il n'en va pas de même en matière mobilière. La consultation du registre des gages sans dépossession est loin de suffire à connaître l'étendue des sûretés qui grèvent un meuble, ce qui constitue sans conteste un axe majeur d'amélioration du droit des sûretés mobilières². Quoiqu'il en soit, cette participation en cours de procédure permet aux tiers de s'assurer que le bénéficiaire de la sûreté ne vendra pas le bien grevé à vil prix, dans le seul but d'être désintéressé rapidement, lésant ainsi les intérêts de tous ses concurrents³. L'on comprend alors aisément que les règles posées par le Code des procédures civiles d'exécution soient considérées comme étant d'ordre public, bien qu'une simplification des formalités de la vente forcée se manifeste depuis quelque temps.

614. La libéralisation de l'exécution forcée. La prohibition de la clause de voie parée est décriée par certains en raison de la lourdeur – réelle ou supposée – des procédures civiles d'exécution classiques⁴. Pour autant, suivant M. Grimaldi, il nous semble que « *pour le créancier qui y recourt, l'exécution forcée ne sera jamais aussi simple qu'il le souhaiterait (et*

¹ Par application du principe « *saisie sur saisie ne vaut* ».

² Il faut tout de même saluer l'effort entrepris par l'Association Henri Capitant, dont l'avant-projet de réforme propose des textes permettant l'exécution forcée mobilière dans le respect des droits du gagiste sans dépossession. Il est ainsi prévu d'indiquer dans le CPCE que les titulaires d'un gage inscrit ont le droit de participer à la répartition des fonds issus de la vente du meuble grevé, d'imposer au débiteur saisi de déclarer, à l'agent chargé de la saisie, l'existence de gages constitués de son chef, sur le modèle de son obligation de déclarer l'existence d'une saisie, d'imposer aux huissiers une obligation d'information quant à l'existence d'une saisie au bénéfice des titulaires de sûretés publiées et, enfin, de subordonner la radiation des inscriptions de gage à la justification d'une preuve de paiement, v. les art. L. 221-5 CPCE et s. de l'avant-projet. Il nous semble cependant que ces dispositions pourraient être étendues au-delà du droit du gage sans dépossession et devraient s'accompagner d'une centralisation de la publicité des sûretés mobilières, notamment pour faciliter la tâche des huissiers, v. *infra*, n° 825, ainsi que n° 849 et s.

³ Ce qui explique l'intérêt de la faculté de surenchère dans la réalisation des diverses hypothèques, v. not. les art. R. 322-50 et s. CPCE en matière de saisie immobilière. A l'inverse, l'admission du pacte commissaire dès la constitution de la sûreté a longtemps été pensée comme permettant « *l'exploitation de la misère par la cupidité* » (Berlier, cité par G. Wiederkehr, « Pacte commissaire et sûretés conventionnelles », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661).

⁴ Y. Blandin, *Sûretés et bien circulant : contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 567, 2016, n° 414 et s., p. 244 et s. ; Ph. Dupichot, th. précitée, n° 728 et s., p. 546 et s. ; J.-F. Riffard, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, avant-propos G. Rouhette, préf. J. Stofflet, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n° 968 et s., p. 357 et s. ; A. Segall, th. précitée, *passim*, qui milite étrangement pour la libéralisation de clause de voie parée en matière hypothécaire, mais non en matière mobilière ; C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 262 et s., p. 325 et s. ; M. Storck, « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », *LPA* 8 juill. 1987, p. 20 et s. Comp. toutefois O. Salati, « La saisie immobilière et les réformes des sûretés », in C. Albigès (dir.), *La saisie immobilière – Approches transversales*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2014, p. 37 : « *si on raisonne en termes d'effectivité du recouvrement, la reine des sûretés [...] c'est la saisie immobilière et les professionnels du droit qui la font* ».

c'est tant mieux pour le débiteur et les autres créanciers) »¹. Il est vrai que la clause de voie parée présente des points communs avec le pacte commissaire, que la possibilité de la stipuler après la conclusion de la convention de sûreté conduit à relativiser ses dangers² et que l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant prévoit d'autoriser le fiduciaire à vendre le bien grevé au prix qu'il estime être le bon, sans recourir à l'expertise, mais à ses risques et périls³. Cela ne nous semble cependant pas suffisant pour militer en faveur de sa généralisation. En effet, de deux choses l'une : ou bien cette clause permet de contourner les principes généraux applicables à l'exécution forcée, et alors elle ne peut être consacrée pour cette raison précise⁴, le débiteur et les tiers risquant d'être lésés par les décisions prises unilatéralement par le créancier poursuivant⁵ ; ou bien l'on considère que les principes de l'exécution forcée s'appliquent toujours, auquel cas l'innovation consisterait uniquement à permettre dès la conclusion du contrat ce qui était jusqu'ici réalisé par le biais du mandat de vendre conféré au créancier par le débiteur⁶ et l'avantage paraît alors bien maigre. Il nous semble en revanche que, prenant acte du développement de la vente amiable tant en matière de saisie-vente que de saisie

¹ M. Grimaldi, « Rapport de synthèse », in *Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application*, LPA 27 mai 2008, p. 74 et s., spé. n° 18.

² On justifiait généralement la prohibition du pacte commissaire comme de la clause de voie parée par l'intention usuraire animant le créancier, prêt à s'approprier le bien du débiteur quand bien même sa valeur dépasserait le montant de la créance garantie, ainsi que sur la position de faiblesse de l'emprunteur à la recherche de crédit, v. G. Wiederkehr, « Pacte commissaire et sûretés conventionnelles », art. précité, p. 661 et s. Ces justifications sont bien moins vigoureuses lorsque l'on sait que la jurisprudence valide ces conventions une fois le contrat de sûreté conclu, v. Civ., 25 mars 1903 ; DP. 1904. 1. 273, n. L. Guénéé : « *Attendu que l'art. 742 c. pr. civ. déclare nulle la convention par laquelle, à défaut de l'exécution des obligations prises envers lui, le créancier est autorisé à faire vendre les biens de son débiteur, sans recourir aux formalités de la saisie immobilière ; Qu'il résulte du texte même de cet article que la convention que le législateur a voulu interdire est celle par laquelle le pouvoir de vendre serait donné au créancier lors de la souscription de l'obligation et pour assurer son exécution ; Que c'est là une 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 ; mais que cet article 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* ».

³ Art. 2378 et 2488-3 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés.

⁴ La survivance de la prohibition de la clause de voie parée constitue ainsi, sans aucun doute, une manifestation de l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même », car « *permettre à un individu de se faire justice lui-même semble [...] aboutir à une singulière justice. On ne peut guère attendre du particulier à qui l'on va donner licence d'accomplir à son profit un acte de justice privée qu'il se montre impartial. Il est à la fois juge et partie [...] la justice privée est, en réalité, la justice du plus fort [...] En se plaçant dans la meilleure hypothèse, l'individu à qui l'on permet de se faire justice lui-même prendra ce à quoi il a droit et rien de plus. Mais le respect intégral et immédiat des droits n'est pas toujours la solution la meilleure. Les juges peuvent accorder des délais, humaniser les voies d'exécution [...] L'acte de justice privé risque d'abord d'être égoïste, brutal, inhumain. Il risque surtout d'être abusif. Le droit doit être réaliste. L'homme n'est pas un ange. Celui à qui l'on permet de se faire justice à lui-même sera souvent tenté d'aller au-delà de son droit. Il ne sera pas toujours facile ensuite de réparer cet abus* » (J. Béguin, « L'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français », in *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XVIII, Dalloz 1969, p. 45, ainsi que p. 67 et s.).

⁵ En ce sens, L. Camensuli-Feuillard, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, préf. Y. Desdevises, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 73, 2008, n° 121 et s., p. 88 et s.

⁶ Sur les caractères de ce mandat, v. M. Storck, « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », art. précité, spé. p. 22 et s., qui le qualifie de mandat d'intérêt commun.

immobilière, qui adoucit la rudesse de l'exécution forcée et permet de diminuer les délais de paiement¹, il faudrait préférer la simplification de la vente forcée dans certaines hypothèses.

615. L'Association Henri Capitant se prononce en ce sens en matière de gage consenti à des fins professionnelles². Cette innovation s'avère toutefois trop timorée : pourquoi limiter aux sûretés sur meubles corporels la procédure d'exécution simplifiée qui était jusqu'alors l'apanage du gage commercial ? Bien au contraire, il semble possible d'aller au-delà et de l'étendre à toutes les sûretés mobilières consenties à des fins professionnelles³. Les articles 2784 et suivants du Code civil du Québec permettent ainsi au « *créancier qui détient une hypothèque sur les biens d'une entreprise* » de procéder à la vente de gré à gré ou aux enchères du bien grevé, après avoir présenté un préavis au bureau de la publicité des droits. L'article 2785 lui enjoint ensuite de procéder à la vente « *sans retard inutile, pour un prix commercialement raisonnable, et dans le meilleur intérêt de celui contre qui le droit hypothécaire est exercé* ». L'exigence du prix commercialement raisonnable permet de réaliser un équilibre entre les droits du créancier-vendeur, de son débiteur et des tiers : on estime généralement qu'il s'agit « *de la valeur marchande [...] mais jaugée dans un contexte où la vente doit se faire rapidement* »⁴, ce que la jurisprudence relative à la vente sous contrôle de justice a pu interpréter comme la fixation d'une fourchette d'acceptabilité du prix de vente entre 75% et 90% du prix retenu par un expert⁵. La signification prévue par le texte de l'avant-projet permet d'informer le débiteur, le délai de huit jours ne peut pas être considéré comme un délai trop long pour procéder à la vente du bien grevé et, enfin, le créancier devra effectuer la vente à un prix raisonnable, sous peine de voir sa responsabilité engagée par le débiteur ou les autres créanciers inscrits sur le bien devant le juge de l'exécution. Il n'est bien entendu pas question

¹ V. N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^e éd., 2019, n° 560 et s., p. 317 et s. ; Ph. Hoonakker, *Procédures civiles d'exécution*, Bruylant, 8^e éd., 2018, n° 515, p. 304 et s. ; R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 640, p. 567.

² L'art. 2346 de l'avant-projet prévoit ainsi une vente publique du bien, huit jours après la signification adressée au constituant.

³ Les sûretés immobilières nous semblent en revanche devoir être laissées à part, la vente d'un immeuble nécessitant bien plus de formalités que la vente d'un meuble.

⁴ L. Payette, *op. cit.*, n° 1973, p. 1053. En droit américain, le critère de la « *commercial reasonableness* » de la vente « *met à la charge du créancier l'obligation d'obtenir le prix le plus élevé compte tenu de la date et du choix du type de vente* » (A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, préf. H. S. Scott, avant-propos B. Audit, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 1990, n° 389, p. 195).

⁵ *Agence du revenu du Québec v. Despot*, C.S. Terrebonne, n° 700-17-010140-134, 14 février 2014, 2014 QCCS 577 (CanLII), §25-26 : « *le Tribunal a discrétion pour établir la mise à prix du bien en fonction de sa valeur marchande, de son évaluation professionnelle, des caractéristiques particulières de l'immeuble et du marché et des circonstances de sa vente à intervenir. Dans le contexte d'une vente rapide faite sous contrôle de justice, les tribunaux ont souvent réduit la mise à prix à une valeur représentant 75% à 90% du prix de l'évaluation municipale ou faite via expertise* ».

d'étendre une telle faculté aux créanciers contractants avec des consommateurs, l'assouplissement de l'exécution forcée ne se justifiant qu'en raison de la qualité professionnelle des deux parties¹. Il n'est pas possible de priver les particuliers des garanties fondamentales du droit de l'exécution.

616. On pourrait ainsi imaginer consacrer un nouvel article rassemblant à la fois le droit positif et cette proposition, qui disposerait que « *A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien grevé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, sans que la convention ne puisse y déroger.*

Toutefois, lorsque la sûreté est constituée sur un ou des biens meubles à des fins professionnelles, le créancier peut faire procéder à la vente publique, par un notaire, un huissier, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, des objets affectés en garantie, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant ». Il s'agirait là toutefois d'une dérogation exceptionnelle au droit commun de l'exécution forcée, justifiée uniquement par la qualité des parties, l'essentiel de l'avantage réservé aux titulaires de sûretés s'appréciant classiquement dans la seconde phase de la réalisation, c'est-à-dire lors de la distribution des deniers.

B) La préférence dans la distribution

617. L'obtention d'un bon rang dans le concours. Le droit de préférence qui caractérise d'ordinaire la sûreté réelle – faut-il rappeler qu'on a pu affirmer que « *le droit de préférence, c'est la sûreté réelle* »² ? – a vocation à produire ses effets dans le concours opposant son bénéficiaire aux créanciers concurrents³. S'il est parfaitement légitime pour un débiteur de s'endetter, même au-delà de ses facultés contributives, la distribution du produit de la vente de ses biens se fait en principe par contribution, chacun des créanciers pouvant prélever une

¹ V., déjà, Ph. Théry, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », art. précité. La distinction est également retenue en droit belge, la liberté contractuelle dans l'exécution du gage n'ayant droit de cité que lorsque le constituant est un professionnel, v. les art. 46 et s. de la loi du 11 juillet 2013.

² J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 140, p. 122.

³ Sur la définition du concours, v. *supra*, n° 53 et s.

somme proportionnée au montant de sa créance, ce qui fait peser sur la collectivité des créanciers le risque d'insolvabilité du débiteur. L'article 2285 du Code civil démontre que l'utilité première de la sûreté réelle se situe au stade de la distribution, l'existence d'une « *cause légitime de préférence* » permettant la mise à l'écart de la règle proportionnelle pour y substituer une règle hiérarchique : le créancier de premier rang sera payé en premier, puis celui de deuxième rang, etc. jusqu'aux chirographaires qui se partagent l'éventuel reliquat à parts égales. Il y a bien concours entre les différents créanciers, qui cherchent à faire valoir leurs droits sur une somme insuffisante pour les désintéresser tous, mais la sûreté permet précisément de figurer au meilleur rang possible malgré le cumul des créances. Reste à voir comment fonctionne la préférence dans les différentes procédures de distribution des deniers¹.

618. Préférence et distribution des deniers. Dans l'optique de déjudiciariser l'exécution forcée, les textes relatifs tant à la saisie-vente des meubles qu'à la saisie immobilière prévoient que la répartition doit d'abord s'effectuer selon les termes d'un projet amiable. L'agent chargé de la vente en matière mobilière², la partie poursuivante en matière immobilière³, a pour mission de rédiger ce projet amiable, eu égard aux informations contenues dans le commandement de payer, les actes d'opposition, ainsi que les déclarations de créances actualisées⁴. Le projet est ensuite notifié aux créanciers connus, qui disposent de quinze jours à compter de la réception de l'acte pour contester le projet amiable⁵. En l'absence de contestation, l'agent chargé de la vente procède au paiement⁶ ou le juge de l'exécution homologue l'accord, qui obtient ainsi force exécutoire⁷, et permet aux créanciers d'être payés suivant l'ordre des droits de préférence⁸. En cas de contestation, l'agent chargé de la vente

¹ En matière immobilière, la procédure de distribution s'appelait autrefois « procédure d'ordre », ce qui témoignait encore davantage de l'importance des sûretés réelles à ce stade, v. E. De Leiris, in S. Guinchard et T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 9^e éd., 2018/2019, n° 1511. 11, p. 2113 : « *le terme ordo, venu du latin au XII^e siècle, francisé en ordre, signifiant organisation, structure, a pris par extension le sens d'arrangement raisonné, de classement, de hiérarchie, de subordination. La procédure d'ordre avait pour finalité de répartir le prix de vente de l'immeuble vendu aux enchères publiques, en assignant à chaque créancier le rang découlant des droits de préférence reconnus par la loi aux privilèges et hypothèques* ».

² Art. L. 221-6 CPCE.

³ Art. R. 332-3 CPCE.

⁴ V. les art. R. 251-2, al. 2 et R. 332-2 CPCE.

⁵ Art. R. 251-4 et R. 332-5 CPCE.

⁶ Art. R. 251-5 CPCE.

⁷ Art. R. 332-6 CPCE.

⁸ L'ordre consensuel en matière immobilière constitue un progrès considérable par rapport aux anciennes procédures. Certains se demandaient même si le législateur n'avait pas volontairement mis en place un système extrêmement lourd afin de détourner les créanciers de l'exécution forcée et de protéger ainsi la propriété immobilière, v. A. Piedelièvre, « L'efficacité de la garantie hypothécaire », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Deffrénois, 1979, p. 367 et s., *in fine*.

mobilière ou le requérant en matière immobilière sont chargés de réunir tous les créanciers participants afin de parvenir à un accord¹. Si un accord est atteint, un procès-verbal est dressé et permet le paiement en matière mobilière² ou est homologué par le juge de l'exécution en matière immobilière³. Si la contestation n'est pas tranchée, l'agent chargé de la vente ou le poursuivant remettent au juge un procès-verbal indiquant les difficultés rencontrées, ainsi que le projet amiable et tous les documents utiles à la résolution du litige⁴, alors que les fonds versés par l'acquéreur sont consignés⁵.

619. Dans une telle hypothèse, c'est alors au juge de l'exécution de procéder à la répartition. Or, eu égard au poids du passif privilégié, le juge est fréquemment saisi tant la tâche des personnes chargées de la répartition des fonds paraît complexe. Un bref coup d'œil sur la situation d'un immeuble permet de le comprendre, mais également de mettre en lumière la détérioration de la situation des titulaires de sûretés conventionnelles. A défaut de mobilier suffisant, les titulaires du privilège des frais de justice ayant profité aux autres créanciers et du privilège des salaires passent avant tous les autres créanciers⁶. Viennent ensuite les titulaires de privilèges immobiliers spéciaux, en tête desquels le syndicat des copropriétaires ayant fait opposition pour les créances afférentes aux charges et travaux de l'année courante et des deux dernières années échues, puis en concours avec le vendeur et le prêteur de deniers pour les autres créances, ces privilèges primant automatiquement le créancier hypothécaire du fait de la pratique notariale les publiant en même temps que l'acte de vente⁷. Viennent ensuite les privilèges du copartageant, des architectes et assimilés, de la séparation des patrimoines, des accédants et, enfin, de l'Etat ou de la commune⁸. Faute de rangs naturels, à l'image de ce qui peut exister en matière de privilèges mobiliers, il est impossible de fixer un classement de manière abstraite, les rangs dépendant de la date d'inscription des différentes sûretés. L'on peut

¹ Art. R. 251-6 et R. 332-7 CPCE.

² Art. R. 251-7, al. 3 CPCE.

³ Art. R. 332-8, al. 3 CPCE.

⁴ Art. R. 251-8 et R. 333-1 CPCE.

⁵ Ce qui correspond, dans la terminologie désormais consacrée, à une consignation à fin conservatoire, v. A. Touzain, *La consignation*, th. Paris II, 2018, n° 957 et s., p. 401 et s., spé. n° 1044 et s., p. 433 et s.

⁶ Art. 2375 et 2376 C. civ.

⁷ V. *infra*, n° 930 et s.

⁸ V. la liste fixée à l'art. 2374 C. civ.

tout de même remarquer que le créancier hypothécaire arrive potentiellement en onzième rang¹, si tous les créanciers précités ont inscrit leur sûreté avant lui, ce qui laisse imaginer la difficulté de réalisation d'une opération de répartition immobilière.

620. Il s'agit pourtant d'une hypothèse simple, comparée à celle qui attend le répartiteur de fonds issus de la vente d'un meuble, et surtout d'un fonds de commerce ! La tâche est alors rendue encore plus complexe par la nécessité de procéder à des sous-répartitions afin de distribuer le prix de vente des éléments du fonds de commerce, le classement variant entre éléments corporels, incorporels, les stocks, etc., et devant prendre en considération le passif fiscal². Alors que le renforcement de l'attractivité des sûretés réelles est recherché par un renouvellement des procédés d'exécution forcée, l'on peut légitimement se demander si le problème majeur ne gît pas davantage dans la phase de distribution des deniers, où le bénéficiaire d'une sûreté conventionnelle, quel que soit le mode de réalisation choisi, fait pâle figure face à la multitude de titulaires de privilèges...

§2) L'attribution du bien grevé au créancier

621. Plan. La faculté de demander l'attribution du bien grevé n'est pas en soi une nouveauté. Le Code civil de 1804 offrait déjà au gagiste la possibilité d'obtenir l'attribution judiciaire de son gage³ et la jurisprudence admettait les pactes commissaires dans les sûretés portant sur des sommes d'argent, des biens cotés sur un marché ou, de manière plus étonnante, dans les conventions d'hypothèque⁴. L'ordonnance du 23 mars 2006 a cependant généralisé ces modes de réalisation à la grande majorité des sûretés réelles. L'avantage procédural est ici évident : en raison du transfert de la propriété du bien au créancier bénéficiaire, il n'est plus nécessaire de passer par les chemins tortueux de la saisie-vente ou de la saisie immobilière. Un

¹ Bien entendu, il ne s'agit que d'une liste. Une situation dans laquelle les dix créanciers privilégiés auraient inscrit leur sûreté avant le créancier hypothécaire et seraient présents dans la procédure de distribution est proprement inimaginable. Il n'en demeure pas moins qu'une grande partie de la valeur de l'immeuble risque d'être systématiquement absorbée par les créanciers préférables au bénéficiaire de l'hypothèque.

² Pour une exposition de ce classement tel qu'il est réalisé par l'Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives, v. F. Legrand, « Pratique des répartitions », *RPC* nov.-déc. 2019, prat. 2.

³ V. l'ancien art. 2078 C. civ.

⁴ G. Wiederkehr, « Pacte commissaire et sûretés conventionnelles », art. précité, p. 663 et s.

auteur a parlé opportunément de ces procédés comme des modes de « *propriété-réalisation* »¹ des sûretés réelles. Mais il faut encore se demander si le droit commun de l'exécution forcée trouve, malgré tout, à s'appliquer (A).

L'extension de ces modes de « propriété-réalisation » ayant été imaginée dans le but de renforcer l'attractivité des sûretés réelles traditionnelles face aux toutes-puissantes « propriétés-sûretés », il faut suivre le fil du raisonnement jusqu'au bout et déterminer exactement l'avantage conféré par rapport aux prérogatives des autres créanciers. Il ressort de l'analyse que, tout comme les fiducies, les modes d'attribution de la propriété de l'assiette de la sûreté sont impuissants à faire table rase du passé et à effacer les droits des créanciers régulièrement inscrits. Il faut alors se résigner à ne voir dans ces procédés que des avantages intéressants dans l'exécution forcée, ne modifiant pas, en principe, l'ordre des droits de préférence (B).

A) *L'exclusivité procédurale dans l'exécution*

622. L'existence de procédures d'exécution forcée spécifiques. La première difficulté à résoudre dans l'appréhension de la nouveauté de la généralisation de l'attribution judiciaire et du pacte commissaire consiste à déterminer leur nature. Si, dans un premier temps, la doctrine penchait en faveur de la qualification de dation en paiement² – la somme d'argent due par le débiteur défaillant étant remplacée par le transfert de la propriété du bien grevé – force est de constater que cette idée ne convainc pas, et ce notamment en raison de l'absence de consentement du constituant à l'attribution du bien au créancier. En matière d'attribution judiciaire, la solution ne fait pas de doute dans la mesure où c'est l'intervention du juge qui permet la réalisation de la sûreté³. En ce qui concerne le pacte commissaire, les parties se sont certes mises d'accord sur le principe du transfert de propriété du bien grevé en cas de défaillance du débiteur, mais cet accord a eu lieu lors de la constitution de la sûreté. Le consentement du constituant n'est pas réitéré au jour du défaut de paiement, l'attribution du bien au créancier

¹ C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 148, p. 196.

² V., entre autres, F. Bicheron, *La dation en paiement*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2006, n° 386 et s., p. 315 et s. ; Ph. Dupichot, th. précitée, n° 721, p. 542 et n° 749, p. 559 ; C. Jacomin et B. Lacourte, « De l'intérêt du pacte commissaire dans les sûretés réelles », *RLDC* déc. 2012 ; Ph. Théry, *op. cit.*, n° 259, p. 323.

³ P.-F. Cuif, « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC* mars 2010 : « *les situations donnant lieu à la dation en paiement et à l'attribution judiciaire sont, si on les compare, exactement contraires* ».

jouant justement le rôle de palliatif à sa mauvaise volonté ou à l'impossibilité pour lui d'exécuter son obligation¹.

623. Dès lors, la nature de ces prérogatives ne fait plus de doute : il s'agit là de véritables procédures civiles d'exécution propres aux titulaires de sûretés conventionnelles. En effet, si l'on s'intéresse à l'exécution forcée au sens large, et non seulement aux procédures nécessitant le recours à la force publique, ne peut-on pas affirmer qu'elle est à l'œuvre toutes les fois que le débiteur est contraint de satisfaire le créancier, c'est-à-dire en présence d'un « *acquiescement de la prestation contrairement à la volonté du débiteur* »² ? Dès lors que l'on parvient à s'accorder sur le fait que l'attribution judiciaire et le pacte commissaire sont bel et bien des techniques permettant de passer outre la défaillance du débiteur principal pour aboutir à la satisfaction du créancier, leur qualification de procédures civiles d'exécution constitue une déduction logique³. C'est dire également, par voie de conséquence, que les principes généraux du droit de l'exécution ont vocation à s'y appliquer⁴ – mais pas les règles relatives aux ventes sur saisie, les procédés d'attribution du bien grevé ayant précisément pour objectif de contourner les pesanteurs des Livres Deuxième et Troisième du Code des procédures civiles d'exécution.

¹ C. Gijsbers, th., précitée, n° 220, p. 210 : « *si la conclusion du pacte commissaire est évidemment volontaire, son dénouement, lui, n'a rien d'une exécution librement consentie* » ; C. Séjean-Chazal, n° 118 et s., p. 158 et s.

² N. K. M. Gomma, th. précitée, n° 274, p. 247. V. également C. Brenner, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 10^e éd., 2019, n° 1, p. 1 et « Historique et esprit général du droit positif », in C. Brenner, P. Crocq et E. Berezkina (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, avril 2013, n° 105-5 : « *la matière de l'exécution forcée se caractérise essentiellement par la mise à la disposition du créancier de moyens de contrainte à fin d'exécution. Elle suppose, par hypothèse, un défaut d'exécution volontaire ou spontanée de l'obligation à l'échéance* » ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 219, p. 209 : « *dans une version minimaliste, on pourrait ainsi définir l'exécution forcée comme tout procédé de contrainte exercé sur le débiteur défaillant aboutissant à la satisfaction directe du créancier qui l'exerce* » ; P. Hébraud, « L'exécution des jugements civils », *RIDC* vol. 9, janv.-mars 1957, p. 173 : « *l'idée d'exécution a ainsi deux versants principaux : d'un côté, l'idée de réalisation, de l'autre, l'idée de contrainte. L'exécution peut être envisagée comme la réalisation du droit, quels que soient les moyens par lesquels elle s'est produite* » ; Ph. Théry, « Rapport introductif – La notion d'exécution », in *L'exécution – XXIII^e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires*, L'Harmattan, 2001, spé. p. 10 et s.

³ V. Ph. Hoonakker, « La civilisation de l'exécution forcée », in C. Brenner (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Editions Juridiques et Techniques, 2007, n. 237, p. 79 : « *l'attribution en paiement constituerait nécessairement un mode de recouvrement fondé sur la contrainte, alors que la dation en paiement, nonobstant les controverses qu'elle suscite quant à sa nature juridique, est, à tout le moins, un mode de paiement reposant sur la commune intention des parties* ».

⁴ Ph. Delebecque, « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », in *Le gage commercial, RJ Com.* n° spé. 1994, n° 3, p. 125 : le régime de l'attribution judiciaire « *n'est pas introuvable si l'on veut bien admettre que cette mesure est une voie d'exécution, une voie d'exécution originale, car elle ne se traduit pas par une saisie et par une vente, mais une voie d'exécution véritable, car elle permet de donner juridiquement satisfaction à un créancier. Cette qualification n'est pas inutile si l'on prend le soin de souligner qu'il y a dans la loi du 9 juillet 1991 et son décret d'application du 31 juillet 1992 un droit commun de voies d'exécution* » ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 218 et s., p. 208 et s. ; C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 153 et s., p. 201 et s.

624. Un avantage procédural à nuancer. L'avantage procédural est clair et net : les formalités et les délais de la vente sur saisie n'ont pas à être respectés. On suppose nécessaire l'envoi d'une mise en demeure de payer au débiteur afin de constater sa défaillance¹ mais, au-delà de cette exigence, l'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien grevé se caractérise par sa très grande souplesse. Un bref coup d'œil sur les modalités de la saisie-vente et de la saisie immobilière suffisent à s'en convaincre. La première procédure suppose l'expédition d'un commandement de payer au débiteur, indiquant notamment qu'il dispose d'un délai de huit jours pour payer sa dette avant que l'exécution forcée ne puisse être mise en œuvre² et, une fois la saisie notifiée, le débiteur dispose encore d'un délai d'un mois pour procéder à la vente amiable du bien saisi³ puis, si cela n'aboutit pas, il faut encore organiser une vente aux enchères publiques. L'attribution d'un bien meuble grevé d'une sûreté réelle permet de contourner tous ces obstacles : une fois la mise en demeure reçue par le débiteur et un délai raisonnable respecté – probablement trente jours en principe⁴ – le créancier peut immédiatement demander le transfert de propriété, soit au juge, soit en notifiant au débiteur sa volonté de mettre en œuvre le pacte comissoire⁵. La saisie immobilière est une procédure bien plus lente, qui suppose, outre l'attente du délai de huit jours après la délivrance du commandement de payer valant saisie⁶, l'organisation d'une audience devant le juge de l'exécution, après expiration d'un délai de deux mois pour laisser aux créanciers inscrits sur l'immeuble le soin de déclarer leurs créances⁷. Par la suite, le juge ordonne la vente aux enchères publiques – dont l'organisation prend un certain temps – ou autorise la vente amiable, qui peut durer jusqu'à sept mois⁸...

¹ En effet, même la réalisation du nantissement de compte-titres nécessite la mise en demeure du débiteur, alors qu'il s'agit de la sûreté pour laquelle la procédure est la plus simple (art. L. 211-20, V CMF). On ne comprendrait alors pas que l'attributaire puisse s'en passer, v. C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 227, p. 279 et s.

² Art. R. 221-1, 2° et R. 221-10 CPCE. V. également les art. R. 232-5 et R. 232-6 CPCE pour les droits d'associés et valeurs mobilières.

³ Art. L. 221-3, al. 1 et R. 221-16 CPCE. V. également l'art. R. 232-6, 4° CPCE pour les droits d'associés et valeurs mobilières.

⁴ Et huit jours pour les sûretés professionnelles, ce qui se pratique déjà en matière de nantissements de compte-titres, v. H. Le Nabasque, « La « réalisation » du pacte comissoire et les procédures collectives », in *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 273 et s.

⁵ Il faut évidemment réserver l'hypothèse du débiteur récalcitrant qui refuse de remettre le bien à son créancier. En ce cas, la procédure sera alourdie par le recours inévitable à la saisie-appréhension prévue aux art. L. 222-1 et R. 222-1 et s. du CPCE. Par ailleurs, sur la nécessité de rédiger soigneusement la clause par laquelle la date du transfert de propriété est fixée par les parties, v. A. Dadoun, « La date du transfert de propriété en exécution du pacte comissoire », *Dr. et Patr.* déc. 2009 ; C. Jacomin et B. Lacourte, « De l'intérêt du pacte comissoire dans les sûretés réelles », art. précité.

⁶ Art. R. 321-3, 4° CPCE.

⁷ Art. R. 322-12 CPCE.

⁸ Art. R. 322-21, al. 2 et 3 CPCE.

L'attribution de la propriété de l'immeuble grevé permet donc au créancier d'éviter bien des désagréments, ce qui en fait une arme redoutable¹.

625. L'on s'attendrait alors à une déferlante de créanciers se prononçant en faveur de la réalisation de leurs sûretés par l'attribution des biens en composant l'assiette. Il n'en a rien été, et ce pour une raison très simple² : ce qui a été gagné en rapidité a été perdu en sécurité. Le régime de l'attribution judiciaire et du pacte comissoire est extrêmement lacunaire³, puisqu'on peut le résumer en deux propositions, manifestations du principe selon lequel le créancier ne peut s'enrichir du fait de la mise en œuvre de sa garantie⁴. Premièrement, les parties sont tenues de procéder à l'évaluation de la valeur du bien par une expertise, sauf pour les biens cotés sur un marché ou les créances de sommes d'argent. Deuxièmement, le créancier attributaire doit consigner la somme d'argent représentant la différence entre la valeur du bien attribué et le montant de sa créance. Ces principes semblent être de bon sens : si la valeur du bien est la mesure de la satisfaction du créancier et de la libération du débiteur, elle doit être précisément fixée, dans des conditions suffisamment objectives pour s'assurer que les intérêts du débiteur et du créancier ne soient pas lésés, et la consignation s'impose pour préserver les droits des tiers.

626. Le droit positif est pourtant incohérent, qui semble dispenser les parties d'expertise dans l'hypothèse d'une attribution judiciaire du gage⁵, alors qu'elle l'estime nécessaire en matière de pacte comissoire⁶... et pour les deux modes d'attribution de l'immeuble

¹ Mais il ne s'agit pas du seul moyen d'éviter les pesanteurs de la saisie immobilière, la Cour de cassation ayant ouvert la porte à la possibilité de vendre l'immeuble grevé de gré à gré malgré la décision du juge de l'exécution d'ordonner la vente forcée, v. Civ. 2^e, 7 décembre 2017, n° 16-21356 ; D. 2018. 1684, obs. C. Brenner et Ph. Théry : « *il résulte des dispositions de l'article L. 321-5 du code des procédures civiles d'exécution, que le débiteur qui a consenti une promesse de vente postérieurement à la délivrance d'un commandement de payer valant saisie immobilière n'est pas fondé à se prévaloir des effets de l'indisponibilité du bien prévue à l'article L. 321-2 du même code* ». V. également Ph. Théry et C. Brenner, « La saisie immobilière n'est pas une idole », D. 2015. 1928.

² Outre le peu d'appétence des créanciers pour l'acquisition d'un bien de leur débiteur, v. not. Ph. Delebecque, « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », art. précité, n° 2, p. 125, ou encore J.-M. Hocquard, « Le pacte comissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée ? », *Dr. et Patr.* nov. 2005, insistant sur le fait que, dans les ventes par adjudication, les établissements de crédit font souvent intervenir leurs filiales, marchands de biens, pour éviter d'avoir à exposer des frais de conservation des immeubles – et pour des raisons fiscales.

³ En ce sens, D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte comissoire... où prudence est mère de sûretés chez les financeurs ? », *LPA* 19 mai 2011, p. 50 et s., n° 4 ; S. Hébert, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », D. 2007. 2052, n° 5.

⁴ Principe que l'Association Henri Capitant propose d'ériger en disposition de droit commun des sûretés, v. l'art. 2286-3 de son projet de réforme, et sur lequel v. M. Dols-Magneville, th. précitée, n° 469 et s., p. 387 et s.

⁵ Art. 2347 C. civ.

⁶ Art. 2348 C. civ., qui précise qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public.

hypothéqué¹ ! Il faut donc exhorter le législateur à consacrer un droit commun des modes de réalisation des sûretés conventionnelles, qui trouverait sa place dans les dispositions générales relatives aux sûretés réelles, indiquant au minimum que la mise en œuvre de la sûreté ne peut enrichir son bénéficiaire, que tout titulaire d'une sûreté bénéficie d'une option entre la vente forcée du bien grevé ou son attribution – exception faite de la garantie immobilière portant sur la résidence principale du débiteur² – et, enfin, que tant l'exigence d'une expertise que de la restitution de la différence entre la valeur du bien attribué et le montant de la créance de l'attributaire sont d'ordre public. Ce travail a déjà été effectué par Mme Séjean-Chazal, dont nous nous bornons à reprendre les propositions³. Ces précisions permettraient sans doute d'introduire un peu de concurrence entre les différents modes de réalisation des sûretés. Mais l'attractivité potentielle des modes d'attribution de la propriété du bien grevé au créancier est telle que l'on peut légitimement se demander si l'option entre vente forcée et attribution n'aurait pas vocation à devenir un attribut du droit de gage général, une composante du régime patrimonial primaire applicable à tout créancier.

¹ Art. 2460 C. civ.

² V. les art. 2458 et 2459 C. civ. Il faudrait en profiter pour corriger l'incohérence qui consiste à permettre au bénéficiaire de la fiducie d'obtenir ce que l'on refuse au créancier hypothécaire ou gagiste immobilier, nulle disposition des art. 2488-1 et s. C. civ. ne prohibant l'attribution au créancier de la résidence principale du constituant. En revanche, il ne semble pas nécessaire d'étendre la protection des immeubles sur le modèle du droit OHADA, dont l'art. 198, al. 2 AUS interdit l'attribution judiciaire de la résidence principale du constituant et l'art. 199 la conclusion d'un pacte comissoire portant sur tout immeuble à usage d'habitation. L'avant-projet de réforme du droit mauricien datant d'octobre 2013 allait encore plus loin, étant donné qu'il refusait toute possibilité de constitution d'un pacte comissoire au sein des conventions d'hypothèque, v. G. Piette et G. Georgijevic, « La réforme du droit mauricien des sûretés », *RIDC* vol. 66, 2014-4, n° 61, p. 1089.

³ C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 235 et s., p. 287 et s. Il faut toutefois ajouter une précision quant à la liberté du créancier de choisir le mode de réalisation de sa sûreté en présence d'une caution. La jurisprudence actuelle permet à cette dernière d'invoquer le bénéfice de subrogation de l'art. 2314 C. civ. afin d'être libérée au moins partiellement de son obligation lorsque le créancier refuse de choisir l'attribution judiciaire du bien grevé (Civ. 1^o, 22 mai 2008, n° 07-14808 ; Com., 30 juin 2009, n° 08-17789), ce qui est certainement excessif. Tout dépend en réalité des circonstances : si le créancier d'un débiteur en liquidation judiciaire est titulaire d'une sûreté conférant un droit de rétention, la caution n'a-t-elle pas plutôt intérêt à ce que le liquidateur procède à la vente forcée, pour obtenir le report du droit de rétention sur le prix de vente du bien ? Poser une règle générale n'a pas grand sens dans un domaine où tout est affaire de casuistique (le créancier peut-il vendre le bien à bon prix ? Existe-t-il beaucoup de titulaires de sûretés sans droit de suite impayés ? Etc.), si bien qu'il serait préférable que la jurisprudence sanctionne les créanciers abusant de leur droit d'option au cas par cas, sans forcer le créancier à devenir propriétaire d'un bien dont il n'a que faire (sur tous ces points, v. C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 160 et s., p. 206 et s.) Il nous semble cependant que la réponse apportée par l'art. 2319 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant est tout aussi excessive, dans la mesure où il permet au créancier, en plus de la possibilité de choisir librement le mode de réalisation de la sûreté, de refuser d'inscrire une sûreté légale. Les deux situations sont pourtant totalement différentes : dans le premier cas, la sûreté existe, ce qui protège au moins partiellement les intérêts de la caution, seul étant en cause le choix de son mode de réalisation ; dans la deuxième hypothèse, le créancier est autorisé à faire disparaître la sûreté dont il aurait évidemment demandé l'inscription en l'absence de cautionnement. Il n'y a pas là d'interprétation amplifiante de l'art. 2314 C. civ., qui vise expressément les « *privilèges* » du créancier. Sous couvert d'un rééquilibrage des prérogatives du créancier et de la caution, il s'agit en réalité d'une diminution drastique de la protection apportée à cette dernière. La distance entre un tel acte et une pratique dolosive est assez faible, si la caution s'est engagée en connaissance de l'existence du privilège, ce qui était de nature à simplifier l'exercice de son recours subrogatoire. Il s'agit ensuite d'un comportement analogue à la renonciation à une sûreté, qui est sanctionnée systématiquement sur le terrain du bénéfice de subrogation (Com., 31 janvier 1989, *Bull. civ.* IV, n° 41, p. 25 [n° 87-13043] ; Civ. 1^o, 6 juin 2001, *Bull. civ.* I, n° 161, p. 105 [n° 98-22640]), une sûreté non publiée étant dépourvue d'effet vis-à-vis des tiers et le privilège immobilier spécial non-inscrit dégénérant en hypothèque légale, de moindre rang (art. 2386, al. 2 C. civ.). Il est donc très peu probable – et très peu souhaitable – que cette modification du droit positif passe l'épreuve du Parlement...

627. Vers une extension aux chirographaires ? Quelques auteurs se prononcent en effet en faveur de l'extension de la possibilité d'attribution d'un bien du débiteur en paiement à tous les créanciers¹. Cette proposition est accueillie majoritairement avec méfiance, mais il nous semble que les arguments opposés ne sont pas si impressionnants qu'on le dit. Écartons tout d'abord celui qui consiste à affirmer que le bouleversement du classement établi par le droit des sûretés ne peut être étendu au-delà des limites de cette matière² : en réalité, l'exclusivité conférée par les modes d'attribution du bien grevé ne joue qu'au stade de la procédure d'exécution, il ne s'agit pas d'une « *machine à faire sauter les rangs* »³.

628. On avance en outre l'idée que le législateur n'ayant visé que les sûretés, il est impossible d'interpréter largement les textes comme conférant d'ores et déjà aux créanciers chirographaires la faculté d'attribution des biens de leurs débiteurs. Il est certain que seuls les titulaires de sûretés réelles en bénéficient aujourd'hui, mais cela ne signifie pas que le législateur ne pourrait pas l'autoriser demain : le *jus distrahendi* était l'apanage du contrat de *pignus* avant de devenir un attribut du droit de gage général. Qui peut exclure que l'Histoire se répète afin d'élargir la panoplie des instruments offerts au créancier impayé pour contraindre son débiteur à s'exécuter ? Le fondement de l'octroi de procédés d'exécution réservés à l'ensemble des titulaires de sûretés conventionnelles reste à mettre en lumière...

629. C'est enfin l'attractivité des sûretés réelles conventionnelles qui serait remise en cause si tout chirographaire pouvait prétendre obtenir le transfert de la propriété d'un bien de son débiteur afin de se désintéresser. Il est certain que leur attractivité a bien besoin d'être renforcée, face au laminage des prérogatives qu'elles confèrent dans la procédure collective ou au poids du passif privilégié qui ne cesse de croître et de rétrograder ainsi leurs titulaires dans les procédures de distribution. Pour autant, faire miroiter une exclusivité en trompe-l'œil aux

¹ V. Ph. Hoonakker, *op. cit.*, encadré 37, p. 292 : « *pourquoi alors s'arrêter en si bon chemin et ne pas l'étendre à tout créancier impayé, de manière à lui laisser le choix entre la vente et l'attribution du bien saisi ?* », ainsi que « Réflexions sur l'adjudication au poursuivant à défaut d'enchère », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 26, p. 883 et « La civilisation de l'exécution forcée », art. précité, n° 116 et s., p. 78 et s. ; R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 28, p. 24 et s. : « *les avantages et les inconvénients du pacte commissaire sont indépendants du fait que le créancier est titulaire ou non d'une sûreté* ». Il est à noter qu'il en va ainsi en Azerbaïdjan, v. C. Hugon, « Les incidences sur les sûretés réelles des voies d'exécution », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Évolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 116.

² C. Brenner, « Historique et esprit général du droit positif », art. précité, n° 105-175, exposant le principe de neutralité de l'exécution forcée.

³ C. Gijssbers, th. précitée, n° 296, p. 290. Sur ce point, v. *infra*, n° 632 et s.

titulaires de sûretés préférentielles ne nous semble pas être de bonne politique juridique. Il serait davantage souhaitable de revoir les grands équilibres de la matière, en harmonisant le sort des différentes sûretés dans la procédure collective qui frappe le débiteur¹, en diminuant le poids du passif privilégié² et, enfin, en édictant un véritable droit commun des sûretés réelles permettant de mettre en lumière les avantages tirés de la « simple » affectation préférentielle d'un bien à la garantie du paiement de la dette d'un créancier. Aujourd'hui, l'attribution judiciaire et le pacte comissoire « *relèvent du gadget* » au sens où l'entend M. Seube : il s'agit là d'innovations intéressantes, mais loin d'être essentielles au renouveau des sûretés réelles³.

630. En effet, peu nombreux sont les créanciers favorables à l'attribution du bien de leur débiteur. Il ne peut s'agir que d'un pis-aller, tant on imagine mal un banquier, par exemple, satisfait d'avoir acquis la propriété de la résidence secondaire de l'emprunteur défaillant. Dans les situations de crise, le créancier prend ce que l'on veut bien lui donner, quand bien même il n'a ni l'envie, ni les compétences pour devenir propriétaire du bien et subir toutes les charges que cela implique. Il ne peut donc s'agir que d'un moyen d'appoint de réaliser ses droits. Rien ne s'oppose à ce qu'un créancier chirographaire conclue un pacte comissoire avec son débiteur sur un bien que le premier convoite alors que les deux parties opèrent sur le même secteur d'activité. L'expertise, ainsi que l'obligation de restitution de l'excédent, garantissent suffisamment les intérêts de toutes les personnes intéressées, y compris les titulaires de privilèges généraux qui pourraient se désintéresser sur la soulte. Dans les mêmes conditions, rien ne s'oppose en théorie à ce qu'un créancier sollicite l'attribution judiciaire de tout bien de son débiteur, dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'exécution forcée : proportionnalité, subsidiarité, etc.

¹ V. *infra*, n° 756 et s.

² V. *infra*, n° 961 et s.

³ V., à propos de l'hypothèque rechargeable et du prêt viager hypothécaire, J.-B. Seube, « La genèse de la réforme », in *Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application*, LPA 27 mai 2008, p. 5 et s. : « L'expression « gadget » doit ici être bien comprise : elle ne signifie pas que ces nouvelles sûretés sont inutiles ; elle signifie seulement qu'on le ur a sans doute conféré trop d'importance, qu'elles ont masqué des apports plus importants de la réforme. De la même manière que le cadeau Bonux éclipsait la lessive du même nom, ces nouvelles sûretés ont éclipsé les vrais apports de la réforme. Elles donnent un goût de modernisme à la réforme... mais l'essentiel est ailleurs ». Comp. S. Piedelièvre, « Les nouveaux modes de réalisation des sûretés immobilières : dix ans après », *JCP N* 2016. 1104, n° 8 : « depuis la réforme des sûretés réelles, on assiste à l'apparition d'une dualité théorique de mise en œuvre des sûretés immobilières. À côté de la saisie immobilière, sont apparus en apparence des modes de réalisation plus simples. Mais derrière cette apparence, il existe une réalité pratique, celle de techniques insuffisamment pensées et d'application réduite qui imposent au créancier un rôle actif, sans véritablement lui procurer d'avantages ».

631. Afin d'éviter que ces procédures d'exécution forcée ne perdent tout intérêt, il faudrait que les créanciers qui envisagent *ab initio* de devenir propriétaires en cas de défaillance de leur débiteur insèrent une clause *pari passu* dans le contrat de prêt : l'absence de garantie au profit des concurrents constitue également une bonne garantie... Enfin, les pactes commissaires devraient être publiés, au service de la publicité foncière en matière immobilière, sur le registre utilisé pour l'opposabilité de la sûreté sur le meuble grevé – en attendant une hypothétique unification du régime de la publicité des sûretés mobilières¹. Cette publicité permettrait de trancher le conflit entre créanciers chirographaires, en leur assurant un minimum de sécurité². A ces conditions, il nous semble que le législateur pourrait consacrer demain une option au profit du créancier chirographaire impayé : vendre les biens de son débiteur pour se payer sur leur contre-valeur, ce qui occasionne un certain nombre de frais et délais, ou bien obtenir le transfert de propriété conventionnel ou ordonné en justice de ces biens, de manière bien plus rapide et moins coûteuse. Gageons cependant que les créanciers continueront à recourir massivement aux voies d'exécution traditionnelles, et ce d'autant plus que l'attribution judiciaire et le pacte commissaire ne confèrent aucune exclusivité à l'attributaire sur la valeur du bien grevé.

B) L'absence d'exclusivité sur la valeur du bien

632. L'exclusivité apparente de la propriété-réalisation. De nombreux auteurs se sont prononcés en faveur de l'exclusivité absolue conférée à l'attributaire, et ce sur plusieurs fondements. Qu'ils considèrent que la position inexpugnable du créancier repose sur son droit

¹ V. *infra*, n° 825, ainsi que n° 849 et s.

² Bien entendu, si un créancier chirographaire obtenait l'attribution judiciaire d'un bien grevé d'une sûreté conférant un droit de suite, le bénéficiaire de la sûreté serait en mesure d'agir contre lui pour obtenir le paiement de sa créance, l'attribution du bien en pleine propriété ne valant pas purge, v. *infra*, n° 634 et s.

de rétention¹, le transfert de propriété réalisé par l'attribution², ou encore l'originalité du mode de réalisation qui fonctionne sans saisie, ni vente, ni prix à distribuer entre les créanciers inscrits sur le bien³, le résultat est toujours le même. Il faudrait considérer que le bien attribué est sorti du droit de gage général de tous les autres créanciers, ce qui implique que seul l'attributaire puisse exercer ses droits dessus. La logique de la préférence et du classement fait alors place à celle de l'exclusivité et, par conséquent, de l'exclusion du concours. Qu'importent les rangs, après tout, lorsque la jurisprudence affirme que « *l'attribution judiciaire du bien donné en nantissement est indépendante de l'ordre dans lequel les divers privilèges s'exercent sur le prix en cas de vente de ce bien* »⁴ ! L'attribution de la propriété pourrait alors être considérée comme « *l'arme absolue* »⁵, qui permettrait d'éradiquer les prétentions de tous les autres créanciers.

633. On reste toutefois songeur face à une telle conclusion lorsque l'on examine les conséquences de cette situation jusqu'au bout, notamment eu égard à l'objectif de « *redorer le blason* »⁶ des sûretés conventionnelles. Il nous semble qu'il s'agit là d'un avantage à courte-vue : ce n'est pas l'attractivité des sûretés réelles en général qui serait améliorée, mais la vigueur

¹ Ce qui ressortait not. de diverses notes d'arrêts de Derrida, v. n. sous Com., 12 février 1979, *D.* 1979. 354, spé. 356 : « *reposant sur le droit de rétention, l'attribution judiciaire du gage se justifie parfaitement ; fondée sur l'appréhension matérielle de l'objet retenu, elle en constitue le prolongement naturel ; puisant sa force dans la toute-puissance du droit de rétention, elle exclut toutes les sûretés qui auraient pu être préférées au seul privilège ; et, couronnant cette situation, elle apporte une solution définitive à l'impasse résultant de l'exercice du droit de rétention* » ; n. sous Com., 6 mars 1990, *D.* 1990. 311, spé. n° 10 : « *si l'art. 2078 c. civ., qui en serait le siège unique, suffit à justifier l'attribution judiciaire au profit de tout créancier gagiste, y compris celui qui peut invoquer un droit de rétention, l'art. 159, al. 3, perd toute utilité ; sa disposition ne serait que redondance ; si on veut donner à cette disposition une raison d'être, il faut lui faire dire autre chose ; ce ne peut être alors que le rattachement indissociable de l'attribution judiciaire au droit de rétention, et, en conséquence, l'exclusion de cette attribution à défaut de droit de rétention* ». V. également, D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stoufflet, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, n° 150, pp. 92-93.

² V., parmi un grand nombre d'auteurs, Ph. Dupichot, th. précitée, n° 721, pp. 542-543 : « *deux autres voies [que la vente forcée du bien] sont au contraire offertes au créancier nanti qui ont pour point commun de lui offrir la certitude d'un désintéressement intégral : dans ces cas, le créancier se trouvera placé dans une situation d'exclusivité qui échappe au concours, donc à la logique même de classement des droits de préférence [...] La seconde voie consiste à solliciter l'attribution judiciaire du bien en paiement [qui] permettra de conférer au créancier la propriété du bien nanti et d'exclure par là même de cette valeur tous autres créanciers, même d'un rang préférable* », ou encore, plus récemment, « *Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir* », in *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, n° 15, p. 220 et s.

³ V., par ex., A. Aynès, obs. sous Com., 3 juin 2008, *RDC* janv. 2009, p. 209 et s., spé. n° 6 : « *les droits de préférence s'exercent sur un prix de vente. À défaut de vente et de prix, ils sont sans objet et ne peuvent entrer en ligne de compte. En matière d'attribution en propriété – qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle par l'effet d'un pacte comissoire –, il ne saurait être question de classement des droits de préférence, lesquels supposent un prix* ».

⁴ Com., 3 juin 2008, *Bull. civ.* IV, n° 114 (n° 07-12017 et 07-15228), arrêt dont il faut remarquer qu'il utilise improprement le terme de « *privilège* », les sûretés en présence consistant en des nantissements successifs de parts sociales, des garanties de nature conventionnelle... V. déjà Com., 12 février 1979, *Bull. civ.* IV, n° 58, p. 46 (n° 77-12887) : « *le droit d'attribution est indépendant des règles concernant l'ordre dans lequel s'exercent sur le prix les divers privilèges au cas de vente du bien nanti* ».

⁵ P. Neveu, « *L'attribution judiciaire du gage : une arme absolue ?* », *Banque* nov. 1985, p. 1030 et s.

⁶ C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 147, p. 194. V. également S. Hébert, « *Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006* », art. précité, n° 3 et n° 32, ainsi que C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018, n° 158, p. 168, qui y voit une revalorisation des sûretés préférentielles, « *dorénavant en mesure de se battre à armes égales avec les sûretés-propriétés, le législateur ayant souhaité qu'une concurrence durable s'exerce entre elles* ».

du droit du premier à agir. Ce que ce créancier obtiendrait, il le retirerait à tous ses concurrents, indépendamment de leurs rangs. On assisterait bien au contraire à un affaiblissement généralisé du prestige des sûretés réelles ! De la même manière que l'édiction ininterrompue de nouveaux privilèges n'offre qu'une sécurité en trompe-l'œil à leurs bénéficiaires, l'irruption de l'exclusivité dans les sûretés préférentielles sape leur intérêt : alors que leurs titulaires devraient bénéficier d'une certaine sécurité à la date de conclusion du contrat de garantie, ce qui se manifeste par l'attribution d'un rang inamovible – si ce n'est par la volonté des parties –, le système préconisé par les défenseurs de l'exclusivité reviendrait en réalité à instaurer à nouveau le prix de la course¹, le premier à mettre en œuvre sa faculté d'attribution du bien empêchant les autres créanciers inscrits d'exercer les prérogatives tirées de leur droit de gage spécial. En renforçant à l'excès les droits d'un créancier, ce sont les avantages offerts à tous les autres qui partent en fumée. Un tel système nous paraît éminemment inacceptable, et la technique juridique est suffisante pour s'y opposer fermement.

634. Le maintien du classement malgré la propriété-réalisation. Hormis les défenseurs de l'exclusivité fondée sur la rétention – théorie rapidement écartée par la jurisprudence² –, les membres de ce courant doctrinal fondent essentiellement leur raisonnement sur le transfert de propriété, tant et si bien que l'on peut se demander si ces auteurs ne se sont pas laissé « *impressionner, abuser par le mot de propriété, agité sur un mode incantatoire* »³. En effet, si l'on comprend bien que le créancier de premier rang qui sollicite l'attribution judiciaire soit désintéressé le premier, puis laisse les créanciers inférieurs régler leurs comptes en agissant sur les sommes consignées, le fondement de l'exclusivité du droit d'un créancier de deuxième ou troisième rang est proprement introuvable. C'est que les créanciers inscrits disposent d'un droit de suite qui leur permet d'agir contre le tiers acquéreur du bien grevé tant qu'ils n'ont pas été intégralement payés de leur créance. Certes, le droit de suite disparaît en cas de purge, mais l'attribution du bien à un créancier concurrent ne peut

¹ V., déjà, Ph Hoonakker, « La civilisation de l'exécution forcée », art. précité, n° 122, p. 82.

² Com., 12 février 1979, précité : « *l'attribution du gage n'est pas subordonnée à l'existence d'un droit de rétention* ».

³ M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », in *Liber amicorum, Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2005, n° 3, p. 174.

valoir purge¹ : les créanciers de rang préférable ont-ils été appelés à exprimer leurs prétentions ? Ont-ils été en mesure d'exercer un contrôle quelconque sur la valeur du bien, à l'exemple de la faculté de surenchère en matière de saisie immobilière² ? La réponse à ces deux questions étant négative, on ne peut conclure qu'au maintien du droit de suite et, par voie de conséquence, à la possibilité pour le créancier de rang préférable d'agir contre l'attributaire.

635. Ce dernier se trouve en effet exactement dans la position du tiers détenteur, dont la situation est réglée par les articles 2461 et suivants du Code civil en matière immobilière³. Ayant acquis un bien grevé d'une sûreté réelle, l'attributaire se voit transmettre l'obligation réelle de garantir la dette du débiteur principal. La sortie du bien du patrimoine du constituant ne produit aucun effet sur les prérogatives des titulaires de droits de suite. L'attribution du bien au créancier le plus diligent ne saurait provoquer de conséquences plus vigoureuses que l'aliénation volontaire réalisée par le débiteur : la règle *nemo plus juris* s'applique dans toute sa rigueur⁴. Il est donc impératif de préciser le sens de l'exclusivité conférée par les facultés d'attribution judiciaire et conventionnelle du bien grevé : il s'agit d'une exclusivité purement procédurale, permettant d'éviter de recourir à la vente forcée sur saisie, qui n'a que très peu d'incidence sur les droits des concurrents. Sont tout de même évincés les créanciers qui n'ont aucun droit spécial sur le bien grevé⁵, ce qui vise en premier lieu les titulaires de privilèges

¹ C. Gijssbers, th. précitée, n° 299, p. 297 et s. ; M. Dols-Magneville, th. précitée, n° 286, p. 229 ; C. Hugon, « Les incidences sur les sûretés réelles des voies d'exécution », art. précité, p. 124 et s. ; F. Macorig-Venier, « Le pacte commissaire (et les sûretés réelles mobilières) », *RLDA* mars 2007 : « l'attribution n'op[ère] pas purge des inscriptions. Concrètement, cela obligera le créancier attributaire à payer le ou les créanciers dont le droit lui était opposable et qui peuvent invoquer leur droit de suite. En définitive, il rentrera alors dans le rang, comme si une vente forcée avait été effectuée, car sa situation sera comparable à leur égard à celle qui serait résultée d'une vente forcée... » ; C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 362 et s., p. 430 et s., ainsi que n° 378 et s., p. 448 et s. Le droit québécois se prononce partiellement en ce sens : l'art. 2783 C. c. Q. rend inopposable au créancier ayant obtenu la « prise en paiement » du bien hypothéqué les hypothèques inscrites après la sienne, ce qui laisse intacts les droits des créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, par une lecture *a contrario*. V. également, en droit OHADA, R. Njeufack-Temgwa, « Réflexions sur les procédés alternatifs de réalisation des sûretés réelles conventionnelles en droit OHADA », *RRJ* 2012-2, p. 1012.

² Rappr. F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoléon*, T. III, A. Marescq Aîné, Paris, 7^e éd., 1866, n° 1721, p. 707 : « Les créanciers inscrits sur l'immeuble saisi sont, peu après la saisie, interpellés et mis en demeure d'y intervenir pour la sauvegarde de leurs droits. Le saisissant commet-il quelque erreur, ils la relèvent; entrave-t-il, par sa négligence, la marche de la saisie, ils le remplacent ; l'annonce de la mise en vente est-elle défectueuse ou insuffisante, ils y remédient par des annonces supplémentaires ; craignent-ils que leur gage ne soit point porté à sa véritable valeur, ils cherchent et appellent des enchérisseurs ; au besoin ils enchérissent eux-mêmes. Dès lors, quoi de plus juste qu'une aliénation préparée par leurs soins et consommée sous leurs yeux soit stable et définitive même à leur égard ? ».

³ V. not. l'art. 2477, al. 2 C. civ.

⁴ En ce sens, L. Bougerol-Prud'homme, th. précitée, n° 451, p. 400 : « le fiduciaire, ou le créancier bénéficiant d'une attribution judiciaire ou d'un pacte commissaire, ne peuvent recevoir que la propriété du bien telle qu'elle se trouvait dans le patrimoine du débiteur et donc, le cas échéant, grevée de sûretés réelles ».

⁵ C'est-à-dire tous ceux qui ne peuvent être remplis de leurs droits que si la contre-valeur du bien apparaît, les titulaires de garanties sans dépossession non publiées. Comp. A. Aynès, obs. précitées sous Com., 3 juin 2008, n° 5 : « les créanciers privilégiés sont

généraux ou de privilèges mobiliers dépourvus de droit de suite qui, faute d'inscription de leurs droits, ne peuvent suivre le bien entre les mains de l'attributaire¹. Ce sont donc essentiellement les titulaires de sûretés légales qui sont exclus, ce qui constituait d'ailleurs la finalité première de l'extension jurisprudentielle de la faculté d'attribution judiciaire aux différents bénéficiaires de sûretés conventionnelles au cours de la seconde moitié du XX^e siècle². Le créancier gagiste ou hypothécaire de troisième rang pourrait donc parfaitement être exproprié par un créancier de premier ou deuxième rang³, et les protections offertes au tiers détenteur devraient également s'appliquer à sa situation. S'il désire véritablement acquérir le bien grevé, il pourra offrir sa valeur aux créanciers préférables, ce qui revient à organiser un système de purge amiable. Dans le cas contraire, mieux vaut laisser le créancier de premier rang agir et exercer ses droits sur la somme d'argent consignée.

636. La nécessité d'un aménagement de l'exécution forcée en présence de plusieurs créanciers inscrits. Il ne nous semble pas nécessaire de réserver la faculté d'attribution au créancier de premier rang⁴, mais plutôt de mettre en place un mécanisme analogue à celui qui est prévu par l'article 2750 du Code civil du Québec, par lequel le créancier de premier rang a priorité sur les autres créanciers inscrits sur le bien dans le choix du mode de réalisation de sa

dépourvus du droit de solliciter l'attribution judiciaire du bien. En présence d'un tel mode de réalisation forcée, ils ne sont donc pas, à proprement parler, en conflit avec le créancier nanti. Leur sûreté ne leur confère qu'un droit d'être payés en priorité sur le prix de vente du bien. À défaut de vente forcée et donc de prix, la loi ne leur confère aucun droit qui puisse être préférable et préféré à celui du créancier nanti. En d'autres termes, sur le terrain de l'attribution judiciaire, les créanciers privilégiés sont dépourvus de moyen de faire concurrence au créancier nanti. Ils auraient été préférés à ce dernier si le bien avait fait l'objet d'une vente forcée... mais précisément il n'en a pas fait l'objet. C'est là une limite congénitale à l'efficacité des privilèges : à la différence d'un gage ou d'un nantissement, ils supposent nécessairement une conversion du bien en un prix » ; C. Gijssbers, th. précitée, n° 297, p. 292.

¹ On hésitera toutefois avant d'évincer purement et simplement le syndicat des copropriétaires. L'art. 20 de la loi du 10 juill et 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis impose tout de même une obligation d'information au profit du syndicat en cas de mutation du bien à titre onéreux. Faute d'information, « tout paiement ou transfert amiable ou judiciaire du prix [...] est inopposable au syndic ayant régulièrement fait opposition ». Bien que le texte ne vise pas tous les cas d'aliénation du bien et que la soulte que le créancier attributaire se trouve obligé de verser au débiteur lorsque la valeur du bien grevé dépasse le montant de la créance garantie n'est pas un prix *stricto sensu*, l'on peut se demander si la jurisprudence ne pourrait pas permettre au syndicat de faire opposition afin d'appréhender ladite soulte. Le bénéfice d'une procédure d'exécution spéciale aurait ici un grand intérêt lorsque l'on examine la situation des autres titulaires de privilèges non publiés.

² V. *supra*, n° 21.

³ Rapp. J. Brissaud, *Le créancier « premier saisissant » dans l'ancien droit français*, préf. R. Perrot, PUF, 1972, p. 61 : « dans [le] classement final des créanciers, le premier saisissant reste à son rang. Son action, déterminante sur la forme, demeure sans influence sur le fond. L'ordre des sûretés, expression de la prudence des créanciers, prévaut en matière immobilière sur l'ordre des saisies, qui traduit leur diligence à faire valoir leurs droits ». De manière générale, l'ordre dans lequel les procédures d'exécution forcée sont mises en œuvre ne peut tenir en échec les prérogatives des titulaires de droits de suite conférés par des sûretés de meilleur rang.

⁴ Comp., favorables à cette limitation, L. Camensuli-Feuillard, th. précitée, n° 119, p. 87 ; Ph. Delebecque, ; « Le régime des hypothèques », *JCP G* 17 mai 2006, doct. 8, n° 20. En droit OHADA, S.-P. Kouamé, « Les mirages de l'hypothèque conventionnelle en droit OHADA », *Penant* n° 895, avril-juin 2016, n° 22, p. 288.

sûreté¹. Un créancier ne peut toutefois connaître avec certitude sa place dans le classement que dans l'hypothèse où un système de publicité recensant tous les droits inscrits sur le bien est mis en place. La perfection du mécanisme se heurte donc encore une fois à l'imperfection de la publicité des sûretés réelles mobilières, à laquelle il faudra impérativement remédier. Dans un système idéal, le créancier dont la créance arrive à échéance en premier manifesterait sa volonté d'opter pour un certain mode de réalisation de sa sûreté, information mentionnée sur le registre de publicité approprié et communiquée à tous les créanciers inscrits sur le bien². Une phase de dialogue s'ouvrirait alors avec les créanciers de rang supérieur afin de parvenir à un accord sur le mode de réalisation de la sûreté³. Si le bien possède une valeur suffisante pour désintéresser le poursuivant et les inscrits de rang préférable, il pourrait en acquérir la propriété et reverser une somme égale au montant de leurs créances à ses concurrents. Dans le cas contraire, il faudrait procéder à la vente forcée et consigner les fonds revenant aux créanciers préférables en attendant l'échéance de leur créance, à moins que l'un des créanciers de meilleur rang dont la créance est exigible ne décide lui-même d'opter pour l'attribution du bien. Il faudrait donc prévoir une faculté pour les créanciers de rang préférable de s'opposer à l'attribution de l'assiette à un créancier de rang inférieur qui ne s'est pas entendu avec eux. On pourrait ainsi imaginer consacrer un article indiquant que « *Le créancier qui entend se faire attribuer le bien grevé doit produire auprès de l'autorité chargée de la tenue du registre de publicité approprié un préavis, accompagné de la preuve de la signification au débiteur et, le cas échéant, au constituant, ainsi qu'à toute autre personne contre laquelle il entend exercer son droit*⁴.

¹ Art. 2750, al. 1 C. c. Q. : « *celui des créanciers dont le rang est antérieur a priorité, pour l'exercice de ses droits hypothécaires, sur ceux qui viennent après lui* ». Il est cependant certain que, comme le créancier de second rang devrait déduire le montant de la créance de son concurrent de premier rang de la valeur du bien acquis pour déterminer la mesure de sa satisfaction, une telle hypothèse sera rare en pratique. On peut au moins imaginer deux situations dans lesquelles un créancier de rang inférieur serait prêt à passer outre cet obstacle : d'abord, lorsqu'il souhaite acquérir le bien du constituant, ensuite lorsque la valeur de ce bien est suffisante pour désintéresser intégralement le créancier de premier rang et l'attributaire de deuxième rang.

² Sur le modèle du préavis de droit québécois, v. les art. 2757 et s. C. c. Q. Le créancier refusant de se placer dans le cadre classique de l'exécution forcée, il renonce ainsi au concours de ses auxiliaires habituels, tels que les huissiers. Il est alors cohérent de le forcer à adopter un comportement plus actif, contrepartie de la simplification de l'exécution.

³ Ce qui correspond d'ores et déjà à la situation se produisant dans l'hypothèse où le bénéficiaire d'un nantissement de compte-titres second en rang voit sa créance arriver à échéance en premier, la pratique recourant alors à un accord inter-crédanciers par lequel le créancier de premier rang, titulaire d'un droit de rétention, autorise le créancier de second rang à réaliser sa sûreté, v. G. Ansaloni, « Sur le nantissement de second rang de compte d'instruments financiers », *RDBF* juill. 2008, étude 14, n° 24 et s. ; F. Auckenthaler, « Nantissement de compte de titres de second rang », *Droit des sociétés* nov. 2016, étude 15, n° 13 et s. ; G. Ferreira, « Le nantissement de second rang sur compte d'instruments financiers », *JCP E* 2005. 80, n° 12 et s. V. également l'alinéa 3 de l'art. 2371 du projet de réforme du droit des sûretés de 2005 : « *Les droits d'un créancier ne font pas obstacle à la réalisation du nantissement par un créancier nanti de rang préférable. Un créancier ne peut provoquer la réalisation du nantissement aussi longtemps qu'une créance garantie par un nantissement de rang préférable subsiste. Le tout sauf convention contraire entre les créanciers nantis* ».

⁴ Il faudrait également s'accorder sur le délai laissé au débiteur pour payer sa dette à l'attributaire potentiel, ainsi qu'aux créanciers de rang supérieur pour s'opposer à cette attribution. Il pourrait s'agir d'un délai de trente jours, déjà suggéré *supra*, n° 624.

Celui des créanciers dont le rang est antérieur a priorité, pour le choix du mode de réalisation de sa sûreté, sur ceux qui viennent après lui.

Les créanciers de rang antérieur ont la possibilité de forcer un créancier subséquent à recourir à la vente forcée du bien grevé tant que la propriété ne lui en a pas été transférée ». Quoi qu'il en soit, la restauration de l'exclusivité dans ses justes limites est également fertile dans ses conséquences théoriques. Elle permet en effet de mesurer à quel point la fiducie constitue une véritable sûreté réelle... contrairement à la réserve de propriété.

637. « Propriété-réalisation » et réalisation de la fiducie-sûreté. Une fois ces grands principes fixés, la mesure de l'exclusivité conférée par la fiducie-sûreté peut être prise. Le Code civil indique que, lorsqu'elle est constituée avec patrimoine d'affectation, elle se réalise par l'acquisition de la « *libre disposition du bien ou du droit cédé* »¹, ce qui correspond également au dénouement du gage-espèces et de la cession Dailly, le bénéficiaire devenant libre de faire des fonds ou créances grevées ce que bon lui semble, dans la limite du montant de sa créance. Or, pour tous les biens qui ne portent pas en eux-mêmes leur valeur ou ne sont pas cotés sur un marché, le Code civil impose aux parties une expertise d'ordre public ainsi qu'une obligation pour le créancier de restituer l'excédent entre la valeur estimée du bien et le montant de sa créance. C'est que, finalement, la nébuleuse conversion de la propriété fiduciaire en propriété définitive n'est rien d'autre que la mise en œuvre d'un pacte commissaire² : l'originalité de la fiducie-sûreté ne consiste pas tant à conférer à son bénéficiaire un droit de propriété *ab initio* qu'à abriter un pacte commissaire qui, faisant partie de l'architecture de la sûreté dès sa constitution, n'a pas à être stipulé³.

¹ Art. 2372-3 et 2488-3 C. civ.

² Un pacte commissaire « *implicite* », a-t-on pu écrire, v. C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 109, p. 148.

³ En ce sens, E. Botrel, *Les conventions relatives à l'exécution forcée. Contribution à l'étude de la notion d'exécution forcée*, th. Nantes, 2011, n° 191 et s., p. 242 et s. : « *la fiducie-sûreté est à la fois une garantie, comme les autres sûretés réelles, mais à leur différence, elle contient également en son sein sa technique de réalisation* », citée par C. Séjean-Chazal, th. précitée, n. 219, p. 149. ; S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 6, 2016, n° 98, p. 68 : « *La fiducie ne peut être envisagée comme un pacte commissaire pur et simple, car elle est une sûreté alors que le pacte commissaire n'est qu'une stipulation insérée dans une convention établissant une garantie réelle. Pourtant, la finalité de ces instruments est similaire, puisque le pacte commissaire comme la fiducie-sûreté, visent à octroyer la propriété des biens objets de la garantie au créancier-bénéficiaire non désintéressé. Alors, si la fiducie ne peut pas être analysée comme un pacte commissaire par nature, il faut toutefois considérer que la fiducie intègre ce mécanisme. La fiducie étant une sûreté translatrice de propriété, l'exécution d'un pacte commissaire est son effet légal lorsque le créancier garanti n'est pas entièrement désintéressé. Le pacte commissaire est ainsi intrinsèque à la fiducie* ».

638. C'est dire que, là encore, l'exclusivité conférée par la garantie n'est qu'un trompe-l'œil et n'a certainement pas la signification absolue que certains lui prêtent. Elle est purement procédurale, ce qui se vérifie aisément : l'article 2025 de Code civil ne précise-t-il pas que le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi par les créanciers du constituant, exception faite des « *titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie* » ? Le créancier hypothécaire de premier rang inscrit antérieurement à l'affectation du bien en fiducie pourra donc exercer son droit de suite à l'encontre du créancier fiduciaire devenu plein propriétaire, qui n'est, à ses yeux, qu'un simple tiers acquéreur. La conclusion d'une fiducie-sûreté n'a aucun effet de purge et ne peut effacer les droits antérieurement inscrits sur le bien. Où l'on voit, encore une fois, que la frontière est mince entre les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles¹...

639. « Propriété-réalisation » et « réalisation » des propriétés réservées. De même, l'exclusion de la réserve de propriété et du crédit-bail de la catégorie des sûretés se justifie encore davantage par l'examen de leur mode de « réalisation ». Les auteurs qui voient dans le dénouement des propriétés réservées un transfert de propriété analogue au pacte comissoire commettent, à notre sens, une erreur en assimilant abusivement réserve de propriété et crédit-bail d'une part, fiducie-sûreté d'autre part. L'idée consiste à affirmer que, dans la mesure où le réservataire ne peut accéder aux utilités du bien – une myriade de clauses de style permettent d'ailleurs de faire peser les charges de la propriété sur les épaules de l'acquéreur² –, il n'est pas réellement propriétaire, ce qui implique que les termes de « restitution » ou de « revendication » du bien réservé ne constituent que des paravents derrière lesquels se dissimule en réalité un véritable (re)transfert de propriété, de l'acquéreur au vendeur. Toutefois, outre le fait, sur lequel on a déjà insisté, que toute l'économie de l'opération de vente avec réserve de propriété ou de crédit-bail repose précisément sur l'existence d'un transfert de propriété une fois que le prix a été intégralement payé, et pas avant, et que la Cour de cassation prend ainsi soin de distinguer

¹ Comp., bien que nous soyons en désaccord avec l'auteur sur la question de la réalisation de la clause de réserve de propriété, C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 111, p. 152 : « *en définitive, au stade de la réalisation, les sûretés-propriétés et les sûretés traditionnelles usent de procédés identiques, ce qui élargit d'autant le champ d'application des modes de réalisation des sûretés réelles par attribution du bien grevé et permet d'établir qu'à l'égard du pouvoir de contrainte, sûretés traditionnelles et propriétés-sûretés se ressemblent plus qu'elles ne se distinguent* ». V. également D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte comissoire... où prudence est mère de sûretés chez les financeurs ? », art. précité, n° 8, comparant le nantissement de créance réalisé par le biais d'un pacte comissoire à une cession fiduciaire, ainsi que C.-A. Michel, th. précitée, n° 426, p. 440.

² C. Gijssbers, th. précitée, n° 81 et s., p. 76 et s. ; C. Séjean-Chazal, th. précitée, n° 103, p. 140 et s.

entre les prérogatives relevant du droit de créance et celles qui appartiennent au domaine du droit de propriété¹, il faut relever l'existence d'un paradoxe.

640. En effet, les auteurs qui nient l'existence du droit de propriété du réservataire pendant la durée d'exécution du contrat sont également ceux qui estiment que le constituant d'une fiducie-sûreté demeure propriétaire, quand bien même il aurait concédé toutes les utilités du bien au fiduciaire et n'aurait conservé que l'espoir d'obtenir la restitution de l'assiette de la sûreté en cas d'exécution à l'échéance : dans le premier cas, le partage des prérogatives attachées au droit de propriété entraîne un changement de la titularité de ce droit ; dans le deuxième cas, rien ne change ! La cohérence impose de reconnaître qu'aucune des garanties étudiées n'a le pouvoir d'octroyer la qualité de propriétaire à la partie qui en était initialement dépourvue. Le réservataire, qui conserve son droit de propriété pendant toute la durée de l'opération, n'a qu'à revendiquer son bien pour en obtenir la restitution, ce qui ne l'investit pas de pouvoirs supplémentaires, mais lui permet uniquement de recouvrer la libre disposition de son bien – la formule étant parfaitement appropriée dans l'hypothèse actuelle. C'est ensuite l'application par analogie du droit commun des sûretés réelles qui permet à l'acquéreur de ne pas être lésé : le bien réservé dont la valeur ne saute pas aux yeux doit être expertisé, et l'excédent rendu au débiteur. Il n'est pas nécessaire de « tordre » la nature des mécanismes pour parvenir à un tel résultat.

641. Conclusion de la section 3. En cas de défaillance du débiteur à l'échéance, la sûreté réelle a déjà produit une bonne partie de ses effets. Par la sécurisation de la position du créancier, elle a permis l'octroi du crédit, puis le maintien du terme de la créance garantie malgré les difficultés que pouvait connaître le débiteur. Elle joue ensuite un troisième rôle, le dernier : sa réalisation doit permettre au bénéficiaire d'être intégralement rempli de ses droits, quand bien même il existerait d'autres créanciers désireux d'exercer leurs prérogatives sur les biens grevés. Le titulaire de la sûreté peut d'abord recourir aux voies d'exécution classiques, comme un chirographaire, ce qui suppose le respect tant du droit commun de l'exécution forcée que des règles relatives à la saisie appropriée, suivant la nature du bien grevé – ce qui signifie subir ses pesanteurs et délais. Une fois l'exécution achevée s'ouvre la phase de distribution du

¹ V. *supra*, n° 107 et s.

prix de vente des biens composant l'assiette de la sûreté, dans laquelle le créancier doit « passer devant » les chirographaires et les titulaires de sûretés de rang inférieur. Toutefois, eu égard à la multiplication des droits exclusifs qui vident le patrimoine du débiteur de sa substance et du pullulement des privilèges déclassant les sûretés conventionnelles, ces dernières tendent à présenter de moins en moins d'intérêt pour les créanciers.

C'est la raison pour laquelle le législateur de 2006 a entendu revaloriser ces techniques de protection contre l'insolvabilité du débiteur en généralisant la réalisation de la sûreté par l'attribution du bien grevé au créancier – possibilité qui appartenait déjà au gagiste et au bénéficiaire d'une fiducie. L'avantage procédural offert par le transfert de propriété est évident : si le droit commun de l'exécution forcée reste applicable à ces voies d'exécution originales, le créancier écarte par là même toutes les contraintes liées à la saisie. Cependant, il faut se garder d'en faire une panacée : bien loin de l'effrayante « *machine à faire sauter les rangs* », l'attribution des biens composant l'assiette de la sûreté voit son intérêt essentiellement limité à l'exécution forcée proprement dite. Ce mode de réalisation ne dispense absolument pas de respecter l'ordre des droits de préférence, du moins dans l'hypothèse où ils sont prolongés par un droit de suite. L'exclusivité est procurée sur le terrain de la procédure et non sur celui du droit substantiel. Elle ne peut permettre d'écarter que les créanciers titulaires de droits spéciaux sur la valeur des biens grevés, et non de droits sur les biens eux-mêmes.

642. Conclusion du chapitre. Si « *le droit commun est l'apanage de l'autonomie* »¹, alors, l'autonomie des sûretés réelles est à portée de main. Il est vrai qu'il ne saurait exister de droit commun sans intervention législative, mais force est de constater que l'on peut énumérer un certain nombre de règles communes aux différentes sûretés, tant préférentielles que fiduciaires. Qui pourrait s'en étonner ? Le concept de sûreté réelle est unitaire, ce qui débouche nécessairement sur l'existence d'un régime commun. C'est de l'autonomie de l'obligation réelle de garantie qu'il s'agit ici, l'étude de son régime démontrant qu'elle présente bien des différences avec l'obligation personnelle.

C'est d'abord sa naissance qui est originale, qui se fait dans un carcan étroit mis en place par la loi, là où l'obligation personnelle constitue un terreau fertile pour la liberté contractuelle. C'est que l'obligation réelle de garantie dirige essentiellement ses effets contre les tiers – bien

¹ L. Aynès, « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport de synthèse », art. précité, n° 8.

qu'elle lie également les parties – alors que l'opposabilité de l'obligation personnelle se résume au respect impératif de son existence par les tiers, sans que leur situation juridique ne soit modifiée par sa naissance. C'est ainsi qu'il n'est pas possible de constituer de sûreté réelle qui ne soit prévue par la loi, ou qu'un double formalisme est imposé aux parties, *ad validitatem* puis *ad opposabilitatem*. En revanche, à l'intérieur de ce carcan, la liberté du créancier est quasiment totale, et ne connaît de limites que dans le but de protéger les intérêts impérieux du constituant.

Ensuite, les règles qui régissent la vie de l'obligation réelle de garantie se distinguent très nettement de celles qui régissent l'obligation personnelle. Attachée par un lien particulièrement étroit au bien sur lequel elle se greffe, l'obligation réelle est protégée contre les évolutions de son assiette par un principe d'indivisibilité et par la possibilité de faire jouer de façon extensive la subrogation réelle. A l'inverse, l'obligation personnelle est divisible par principe et ce n'est que dans de rares hypothèses que la subrogation réelle a vocation à jouer. Et si l'engagement de la responsabilité civile d'une partie ou d'un tiers qui cherche à ruiner l'efficacité de la garantie présente globalement la même physionomie, que l'obligation soit personnelle ou réelle, il n'en va pas de même sur le terrain de la responsabilité pénale, qui connaît une incrimination propre afin de sanctionner celui qui porte atteinte matériellement ou juridiquement à l'efficacité de la sûreté réelle. Là où le créancier personnel est la proie des fluctuations du patrimoine de son débiteur, le créancier réel exerce une véritable emprise sur la portion affectée à la garantie du paiement de sa créance.

Enfin, les évolutions récentes du droit ont achevé de convaincre de l'originalité de la réalisation de la sûreté réelle, démontrant que le droit de poursuite du créancier réel est bien plus vigoureux que celui du créancier personnel. Les deux types de créanciers sont certes titulaires d'un droit de gage général leur permettant de saisir et faire vendre les biens de leur débiteur pour se payer sur leur contre-valeur, mais le créancier réel dispose également de deux modes de réalisation supplémentaires, qui l'autorisent à se faire attribuer la propriété des biens grevés de sa sûreté et donc de contourner les pesanteurs de la saisie, alors que le créancier personnel ne peut se passer de cette voie d'exécution. Que l'affectation soit exclusive ou préférentielle, la conclusion de la phase de réalisation ne fait que consacrer la rupture d'égalité entre les créanciers du constituant qui existe dès la naissance de la sûreté, permettant à son

titulaire de se payer sur la valeur des biens composant l'assiette avant que ses concurrents de rang inférieur ne puissent percevoir le moindre denier.

L'on constate alors que la sûreté réelle traditionnelle se montre, en théorie, sous ses plus beaux atours : il s'agit là d'une technique de garantie très perfectionnée, qui respecte la liberté de gestion du constituant, n'obère pas trop sévèrement la situation des tiers, tout en garantissant au créancier de bonnes chances d'être payé malgré la défaillance de son débiteur. Elle aurait beaucoup à offrir si, d'une part, les privilèges n'avaient pas pris une telle importance et si, d'autre part, l'ouverture d'une procédure collective ne réduisait pas à néant leur efficacité pour placer sur un piédestal les droits exclusifs, bien plus attentatoires aux droits du constituant et des tiers. Alors que nous avons démontré qu'il existe véritablement un régime commun aux sûretés préférentielles et à la fiducie – et, partiellement, à la clause de réserve de propriété – lorsque le débiteur est *in bonis*, il s'agit désormais de mettre en lumière les incohérences du droit positif des procédures collectives. Si le concept de sûreté réelle est unitaire et que les différents mécanismes qui répondent à cette qualification obéissent en grande partie à un régime commun, comment justifier une telle différence de faveur lorsque la sûreté est la plus nécessaire ? Une harmonisation du traitement des sûretés préférentielles et des droits exclusifs est indispensable pour redorer le blason du droit de préférence, modèle d'équilibre entre les intérêts antagonistes du créancier, du débiteur et des tiers.

Chapitre 2 : La création du droit commun dans les procédures collectives

643. Conflit du droit des sûretés et des procédures collectives¹. Le temps est révolu où les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales pouvaient se comporter en « *francs-tireurs* » réalisant leurs droits en dehors de la procédure collective de leur débiteur². L'objectif cardinal du droit des entreprises en difficulté, le redressement du débiteur en vue de maintenir son activité et de préserver l'emploi des salariés, a conduit le législateur à édicter un nombre considérable de règles visant à soumettre tous les créanciers à la discipline collective, avant de grandement réduire leurs prérogatives au cours du déroulement de la procédure. Le droit des procédures collectives, droit à finalité économique³, conduit à diviser les créanciers en deux

¹ Seules les procédures de traitement judiciaire des difficultés des entreprises seront traitées. Les procédures de prévention, dont la conciliation, n'ont traditionnellement pas d'impact majeur sur la situation des titulaires de sûretés. Cette dernière se borne à entériner les accords obtenus entre créanciers et débiteurs. Le juge peut certes accorder des délais de paiement au débiteur poursuivi par l'un de ses créanciers, mais il s'agit de l'application de l'art. 1343-5 C. civ., texte de droit commun (v. l'art. L. 611-7, al. 5, C. com.). En ce sens, Ph. Roussel-Galle, « Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 38, n° 6 et s. Un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 25 septembre 2019 (n° 18-15655) vient toutefois troubler ce tableau en indiquant que « *si, selon l'article L. 611-12 du code de commerce, lorsqu'il est mis fin de plein droit à un accord de conciliation en raison de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du débiteur, le créancier qui a consenti à celui-ci des délais ou des remises de dettes dans le cadre de l'accord de conciliation recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissaient, il ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord* ». Il ne nous semble pas que l'arrêt énonce un principe d'anéantissement des garanties consenties dans l'accord de conciliation dans l'hypothèse de sa disparition de plein droit. Les faits sont importants : le créancier n'avait consenti que des remises de dettes et non un apport d'argent frais. Or, aux termes de l'art. L. 611-12 C. com., si une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur bénéficiant d'un accord de conciliation, les créanciers récupèrent l'intégralité de leurs créances, les remises et délais consentis étant effacés. L'effort réalisé par les créanciers ayant disparu, il est naturel que les contreparties consenties par le débiteur en raison de cet effort disparaissent également. En revanche, lorsque les partenaires du débiteur en difficulté lui consentent un nouveau crédit, l'art. L. 611-11 C. com. précise clairement que les créanciers bénéficient d'un privilège de *new money* en contrepartie de ce nouvel apport. La solution jurisprudentielle devrait donc, à notre sens, se comprendre de la sorte : les créanciers acceptant de restructurer les dettes antérieures du débiteur avant l'ouverture d'une procédure collective bénéficient d'un avantage fragile, les contreparties obtenues disparaissant avec l'ouverture d'une procédure collective – tout comme les efforts consentis – sur le fondement de l'art. L. 611-12 C. com. ; à l'inverse, les créanciers acceptant d'approvisionner à nouveau la trésorerie du débiteur en difficulté bénéficient d'un avantage plus substantiel, le privilège leur étant acquis quoi qu'il advienne. La solution est parfaitement cohérente avec l'architecture globale du droit des procédures collectives, les créanciers du passé étant nécessairement moins bien traités que les créanciers du présent (et du futur). Cet arrêt n'est-il pas simplement un moyen d'orienter les concessions des créanciers vers l'apport d'argent frais plutôt que vers la diminution du passif du débiteur, dont le paiement sera paralysé si une procédure collective est ouverte ? Pour des visions nuancées de la portée de l'arrêt, v. P. Bordais, *JCP E* 2020. 1022, ainsi que H. Bourbouloux, C. Fort et T. Fornacciarì, *BJE* janv. 2020, p. 12 et s., D. Houtciéff, *AJ Contrat* 2019. 498, ou encore F. Macorig-Venier, *RTD Com.* 2020. 456.

² F. Derrida, n. sous Com., 24 janvier 1973, *D.* 1973. J. 169. On pouvait également affirmer que « *tous les créanciers étaient égaux mais certains étaient plus égaux et même beaucoup plus égaux que d'autres* » (J.-P. Sortais, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », *RTD Com.* 1976. 267). Cette solution est encore de droit positif au Japon, dès lors que le créancier a pris la peine de publier sa sûreté avant l'ouverture de la procédure collective, v. Y. Setoguchi, « La clause de réserve de propriété dans le droit japonais de la faillite », *BJE* mars 2020, p. 64 et s., n° 6 et s.

³ Ce qui peut légitimement faire douter de la potentielle réalisation de ses objectifs par le législateur. En cherchant à plier le fait économique à sa volonté, il se condamne en réalité à échouer systématiquement, v. M.-A. Frison-Roche, « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », in *Procédures collectives et droit des affaires, morceaux choisis – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Editions Frison-Roche, 2000, p. 109 et s., ou encore D. R. Martin, « Des sûretés mobilières spéciales dans le

catégories : tant que le redressement de l'entreprise est possible, les « créanciers du passé » font de la figuration, réduits à un rôle de « *Saint-bernard* », tandis que les « créanciers du futur », qui aident le redressement par la réalisation de nouveaux investissements, font l'objet de toutes les attentions¹. Le conflit opposant le droit des sûretés et celui des procédures collectives saute aux yeux : la nécessité pour les créanciers d'obtenir un paiement dans les meilleures conditions se heurte à la volonté législative de tout faire pour sauver les entreprises défaillantes en évitant que leurs biens ne soient appréhendés pour le paiement de leurs dettes passées. Il ne paraît toutefois pas possible de neutraliser totalement l'efficacité des sûretés, sous peine de condamner les entreprises en difficulté à l'impossibilité de trouver du crédit². C'est ainsi que M. Roussel-Galle a pu écrire que l'efficacité des sûretés, « *qui est pourtant leur raison d'être, est plus ou moins mise à mal en cas d'ouverture d'une procédure collective, et inversement l'issue de la procédure collective dépend souvent pour partie au moins de l'efficacité des sûretés* »³. La recherche d'un compromis s'apparente alors à la quadrature du cercle⁴.

644. En matière de sûretés pour autrui, un équilibre acceptable a été trouvé⁵. Les solutions sont moins satisfaisantes dans les rapports entre sûretés réelles pour soi-même et droit des procédures collectives, et ce notamment en raison de « *l'art de mal légiférer* »⁶ déployé par le législateur en ce domaine. Qu'on en juge : la loi du 25 janvier 1985 ne consacre pas une

nouvel article 40 de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA* 14 sept. 1994 : « *le droit n'est pas une médecine pour l'économie. Adjuvant de survie provisoire, il subit, au fond, la loi économique d'élimination, qu'il prolonge en organisant le partage des dépouilles de l'entreprise défaillante* ».

¹ Sur cette distinction v. not. M.-J. Campana, « La situation des créanciers », *RTD Com.* n° spé. 1986, T. 1, p. 171 et s. ; F. Derrida, « Le crédit et le droit des procédures collectives », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, n° 5, p. 72 ; F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, avec la collaboration d'A. Honorat, Dalloz, 3^e éd., 1991, n° 537, p. 404 : « *le législateur a délibérément sacrifié le passé à l'avenir de l'entreprise et aux emplois qui seront ainsi sauvés* » ; M. Vasseur, « Le crédit menacé – Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *JCP* 1985. I. 3201, spé. n° 7 et s. (les citations proviennent de cet article).

² V., entre autres, F. Derrida, « Le crédit et le droit des procédures collectives », art. précité, n° 1, p. 67 ; L. M. Martin, « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Banque* déc. 1975, p. 1133 et s. ; S. Vaïsse, « Sûretés et insécurité », *Cah. dr. ent.* 1987/5, p. 19 et s. ; M. Vasseur, « Le crédit menacé – Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », art. précité, spé. n° 8 et 12.

³ Ph. Roussel-Galle, « Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres », in Ph. Roussel-Galle (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. XXIII.

⁴ Ou à la recherche de la pierre philosophale, v. F.-X. Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie vs Sauvegarde, il faut choisir », *D.* 2008. 29.

⁵ V. *supra*, n° 426 et s.

⁶ D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 367 et s. ; v. également F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009. 651, estimant que le législateur a agi « *de façon saccadée et décousue* » à propos du droit de rétention fictif (n° 16). Toutefois, le rapprochement du Bureau de droit civil et du Bureau de droit économique à l'occasion de la réforme à venir augure d'une meilleure coordination entre le Livre IV du Code civil et le Livre VI du Code de commerce, v. P. Crocq « Rapport de synthèse », in *Réforme du droit des sûretés et activités bancaires*, *RDBF* sept. 2018, dossier 34, n° 7.

disposition à la cession de créances professionnelles par bordereau à titre de garantie instituée en 1981 et dont le régime a été clarifié en 1984, qui est aujourd'hui l'une des sûretés les plus efficaces¹ ; les réformes des procédures collectives et des sûretés du début du siècle se sont déroulées chacune de manière isolée alors qu'il s'agissait d'une belle occasion de poser les jalons de l'articulation entre les deux matières ; enfin, l'exemple le plus topique demeure celui de la fiducie-sûreté, l'élaboration d'un régime satisfaisant ayant nécessité pas moins de cinq textes entre 2007 et 2009². L'inflation législative est particulièrement néfaste en ce domaine, les questions de droit transitoire complexifiant une matière déjà épineuse par nature. En cette période de relative accalmie, il serait bon de fixer les grandes lignes du droit commun des sûretés réelles en cas de procédure collective des entreprises afin que leurs partenaires puissent compter sur des solutions prévisibles³.

645. A titre de prolégomènes, il faut indiquer que le principe de la restriction des droits des titulaires de sûretés réelles est inévitable en matière de procédures collectives⁴. Certes, l'économie joue un rôle majeur dans la matière et le législateur ressemble quelque peu à Sisyphe, poursuivant inlassablement sa tâche sans jamais en venir à bout, mais il faut au minimum qu'il se donne les moyens de ses ambitions. Il est évident que, si l'on laissait les

¹ Rapp. J.-J. Ansault, « La cession Dailly dans la tourmente des procédures collectives », *Journ. Soc.* mars 2012, p. 12 : « Force est de constater que le législateur ne s'est jamais soucié de l'intrusion du droit des procédures collectives dans cette opération de garantie à trois personnes, par laquelle un établissement de crédit se fait céder en propriété les créances professionnelles dont ses clients sont titulaires », ou encore F.-X. Lucas, « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles – Efficacité de la sûreté », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 31 : « Il est assez frappant de voir que là où la loi a minutieusement organisé la coexistence de la fiducie nommée du Code civil avec la procédure collective, elle ne s'en est pas préoccupée s'agissant de ces fiducies innommées ». La cession « Dailly » est l'un des exemples les plus représentatifs de l'incohérence du législateur qui favorise l'efficacité des garanties exclusives tout en recherchant le redressement de l'entreprise en difficulté. Sur cette question, v. D. Legeais, « L'avenir du « Dailly » », in *Mélanges AEDBF-France III*, Banque éditeur, 2001, p. 219 et s., spé. n° 19, p. 227, estimant que le traitement de cette garantie doit être réévalué dans le cadre d'une réflexion plus globale sur l'efficacité des sûretés réelles dans les procédures collectives. Il faut tout de même signaler que l'art. 107 de la loi du 25 janvier 1985 traitait de la cession Dailly au titre des moyens de paiement autorisés en période suspecte.

² V. not. F. Pérochon, « La fiducie-sûreté rendue opérationnelle en cinq étapes », *RPC* mars-avril 2010, comm. 62.

³ On indiquera dès à présent que les créanciers dont la situation est étudiée dans les développements suivants sont les titulaires d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective ou d'une créance née postérieurement mais n'appartenant pas au domaine visé par l'art. L. 622-17, I C. com. En effet, les créanciers « élus » bénéficient d'un droit au paiement de leurs créances à l'échéance, ce qui les fait échapper assez largement à la discipline collective. Le privilège attaché à ces créances en cas de défaut de paiement sera par ailleurs étudié plus loin, v. *infra*, n° 986 et s.

⁴ En ce sens, I. Adjagba, *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, th. Paris II, 1988, p. 12 ; F. Derrida, « Le crédit et le droit des procédures collectives », art. précité, n° 10, pp. 76-78 ; D. Legeais, « De l'efficacité des garanties », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 427. La même réflexion peut être formulée dans le cadre des procédures de traitement du surendettement des particuliers, la réinsertion sociale du débiteur ne pouvant se réaliser qu'au prix de la diminution des droits de ses créanciers. Ce droit ne sera pas étudié en détail tant en raison de la proximité qu'il entretient avec le droit des procédures collectives, ce qui entraînerait des redites, que de la faveur donnée au cautionnement par les débiteurs surendettés. Pour une étude complète de la question, v. M. Bourassin, « Sûretés et surendettement des particuliers », *LPA* 10 oct. 2012, p. 4 et s.

sûretés déployer tous leurs effets, les tentatives de redressement des entreprises en difficulté seraient vaines. Les créanciers privilégiés saisiraient les biens nécessaires à l'activité de l'entreprise dès l'exigibilité de leurs créances. Il est donc nécessaire d'écarter leurs prérogatives pour laisser une chance de se rétablir au débiteur, ce qui justifie leur soumission à la discipline collective, révélatrice d'une « *méta-égalité* »¹ entre tous les créanciers, quel que soit leur rang. La véritable question est donc la mesure de la restriction aux droits des titulaires de sûretés réelles : jusqu'où peut-on aller avant que les sacrifices qui leurs sont imposés deviennent insupportables² ? A cette question, l'on peut répondre que l'équilibre trouvé aujourd'hui est relativement satisfaisant. Les solutions sont nuancées selon le moment étudié et la procédure envisagée. Les titulaires de sûretés réelles sont moins bien traités que les propriétaires mais leur situation est plus enviable que celle des simples chirographaires. Leurs droits ne sont pas « *laminés* » comme ils ont pu l'être sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985³.

646. Position du problème. Un problème de taille rend toutefois l'articulation des sûretés réelles et du droit des procédures collectives incohérente : le système est vicié par le traitement retenu des droits exclusifs⁴. Il est pour le moins surprenant que les techniques les plus frustes, c'est-à-dire celles qui nuisent le plus au débiteur et rendent le moins probable son

¹ M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 59, 2002, n° 8, p. 18. V. également F. Macorig-Venier, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, th. Toulouse, 1992, n° 12, p. 19, qui préfère parler d'« *égalisation* », ce qui recouvre l'application des mêmes règles à tous les créanciers et la réduction des prérogatives propres au droit des sûretés.

² En ce sens, E. Chvika, *Droit privé et procédures collectives*, préf. T. Bonneau, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2003, n° 6, p. 12 : « *La valeur d'un droit se mesure précisément à la qualité de l'équilibre qu'il ordonne ainsi : nul ne doit s'y sentir sacrifié aux autres ; chacun accepte les sacrifices exigés par la vie en société s'il a le sentiment qu'on ne lui en demande pas plus qu'aux autres* ».

³ Pour une appréciation de la loi de 1985, v. Ph. Théry, « La place des procédures civiles d'exécution », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 1, n° 22 : « *Que l'on interroge un créancier. Il vous dira que la chasse est ouverte et que, par un désagréable retour des choses, il est devenu gibier. Que la loi n'a pas seulement offert au débiteur un « bunker » où s'abriter, mais aussi une armée de supplétifs – administrateur, représentant des créanciers, mandataire-liquidateur – qui feront pour lui la guerre aux créanciers* ». La situation a bien changé : d'après la collecte d'informations réalisée par la Banque Mondiale en 2019, la France se trouve ainsi au 28^e rang des pays étudiés, le taux de recouvrement des créances étant fixé à 73.8 % (v. le rapport *Doing Business 2019*, p. 171, accessible en ligne à l'adresse http://français.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf). Par ailleurs, il ne faut pas se laisser abuser par le taux extrêmement élevé d'ouverture de procédures de liquidation judiciaire : si elles représentent 95% des procédures, cela ne signifie pas que le droit des procédures collectives est inefficace à 95%. Une collecte de chiffres réalisée entre 2011 et 2012 révèle tout de même que 58% des emplois menacés par l'ouverture d'une procédure collective se sont maintenus... (H. Bourbouloux, « Les chiffres trompeurs : halte aux idées reçues ! La boîte à outils du Livre VI est performante », *BJE* juill. 2012, p. 206 et s.).

⁴ On peut not. se référer à P.-M. Le Corre, « L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté », in F. Macorig-Venier (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 213 et s., ou encore F. Pérochon, « Les sûretés immobilières classiques dans les procédures collectives », *LPA* 11 fév. 2011, p. 49 et s. qui fait rimer avec humour « préférence » et « souffrance » d'une part, « rétention et attribution » avec « satisfaction » d'autre part.

redressement, soient également les plus efficaces¹ – n'a-t-on pas vanté « l'invincibilité »² du droit de rétention ? Voilà une « *tendance régressive du droit contemporain* » qui a été relevée à de nombreuses reprises³. Au sein même du droit des sûretés, il est difficile de justifier que des mécanismes aussi proches que les sûretés réelles classiques et la fiducie-sûreté⁴ soient soumis à des régimes si différents⁵, cette dernière permettant bien souvent à son titulaire d'être rempli de ses droits hors de la procédure.

647. En parallèle de la revalorisation directe du droit de préférence⁶, qui ne peut être trop considérable tant la volonté législative de redresser les entreprises défaillantes est forte⁷, la restauration de la cohérence du traitement des sûretés réelles par le droit des procédures collectives devrait passer par une soumission accrue des titulaires de garanties exclusives à la discipline collective⁸. On ne peut toutefois se départir de l'application d'un principe de réalisme : il n'est pas envisageable de proposer dès aujourd'hui un alignement total du traitement des garanties exclusives sur celui des sûretés préférentielles sous peine de tarir

¹ V., dans un domaine bien particulier, E. André, *Les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté*, préf. N. Borga, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 191, 2019, n° 306 et s., p. 183 et s. L'incohérence a été également relevée en droit OHADA, v. J.-C. James, « Sûretés-proprétés et procédures collectives en droit uniforme africain », in *Les horizons du droit OHADA – Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo*, CREDIJ, 2018, p. 19 et s.

² P.-M. Le Corre, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001. 2815.

³ V., visant expressément la rétention et le droit de propriété, B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 321 : « *La situation contemporaine de notre droit des sûretés offre une manifestation éclatante d'épanouissement de l'archaïsme. En effet, la matière, depuis près de 2000 ans, avait été animée d'un mouvement d'affinement continu de la technique juridique au service de finalités d'ordre économique [...]* Aujourd'hui, après un certain nombre d'années d'aberrations jurisprudentielles et législatives (parmi lesquelles figure en bonne place le droit des procédures collectives), on en est arrivé, devant les graves menaces que fait planer sur le crédit la décadence organisée des sûretés réelles traditionnelles, à chercher des substituts dans les modalités les plus arriérées et les plus dépassées sur le plan technique, et à ce titre délaissées depuis des siècles » (c'est nous qui soulignons). V. également D. Legeais, « De l'efficacité des garanties », art. précité, pp. 429-430, F. Macorig-Venier, th. précitée, n° 1, p. 7 et n° 25, p. 31, F. Zenati, « Avant-propos », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 11, qui voit dans les droits exclusifs « le souvenir inaltérable de la protohistoire du gage », ainsi que S. Zépi, *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, th. Nice, 2004, n° 83, p. 31.

⁴ Sur l'intégration des fiducies-sûretés à la catégorie des sûretés réelles, v. *supra*, n° 80 et s.

⁵ La réflexion vaut également au regard de la comparaison entre clause de réserve de propriété et privilège du vendeur de meubles, v. *supra*, n° 143, ainsi que F. Macorig-Venier, th. précitée, n° 400, p. 411.

⁶ Sur laquelle, v. *infra*, n° 880 et s.

⁷ Volonté forte tant en droit interne qu'à l'échelon international. Qu'on en juge en examinant le titre de la directive UE 2019/1023 du Parlement Européen et du Conseil du 20 juin 2019 « *relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes* ».

⁸ En un sens similaire, F.-X. Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie vs Sauvegarde, il faut choisir », art. précité : « *Le gage commun des créanciers se vide à mesure que les gages particuliers se multiplient... En tolérant ces situations préférentielles, le législateur prive la procédure collective de son sens et hypothèque gravement les chances de redressement du débiteur [...]* Si le législateur place la sauvegarde des entreprises au cœur de ses préoccupations et s'il entend renforcer l'efficacité de ce dispositif, on peut au contraire être d'avis qu'il ne pourra le faire qu'au détriment de certains partenaires de l'entreprise, en rabaisant les mieux dotés en vue de préserver les chances du débiteur d'être sauvé. Autrement dit, si l'on veut sauvegarder l'entreprise, il faut en prendre les moyens et comprendre que cela ne pourra se faire qu'en reprenant certaines places fortes et en affaiblissant les droits de certains créanciers ».

définitivement les sources du crédit. En revanche, il est possible de faire apparaître le droit commun des sûretés préférentielles dans les procédures collectives et de se demander lesquelles de ces règles pourraient être immédiatement appliquées aux droits exclusifs, et lesquelles nécessitent un temps d'adaptation plus ou moins long¹. La méthode de présentation sera chronologique : il va s'agir d'exposer la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles de la survenance de la cessation des paiements de leur débiteur à la date du jugement fixant définitivement son sort (**Section 1**), avant d'étudier les solutions retenues une fois le sort du débiteur fixé (**Section 2**).

Section 1 : Sûretés réelles et période d'observation

648. Plan. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle est avant tout...un créancier. Il est donc logique que la discipline collective imposée au cours de la période d'observation lui soit applicable². Son droit de gage général et les actions qui y sont attachées sont donc paralysés, sauf exception, même si l'existence de l'obligation réelle de garantie instituée par la sûreté imprime un certain particularisme aux règles classiques de la procédure collective (§1). Toutefois, il existe également des atteintes propres au droit des sûretés réelles. A la date du jugement d'ouverture, et même parfois avant, dès la date de cessation des paiements du débiteur, se réalise une « *crystallisation* » du gage commun des créanciers³. Il devient alors

¹ Il ne s'agit donc pas tant de proposer l'édiction de textes généraux que de militer en faveur de l'extension du champ d'application du droit commun des sûretés réelles traditionnelles – qui existe d'ores et déjà – aux droits exclusifs.

² Pour un panorama de la situation du titulaire de sûreté réelle sous l'empire des lois de 1985 et 1994, v. Ph. Delebecque, « Sûretés réelles et procédures collectives », *Dr. et Patr.* juill. 2002. V. également F. Pérochon, « La discipline collective », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, n° 9, p. 6 : « La discipline collective, qui domine ainsi toutes les procédures collectives, s'applique en principe à tous les créanciers [...] : à l'origine, on l'a rappelé, il ne s'agissait que des créanciers chirographaires et cette solution traditionnelle est encore répandue à l'étranger. Mais, depuis 1985, l'ambition de redresser les entreprises a conduit à dilater le champ d'application de la discipline collective qui s'applique désormais même aux créanciers titulaires de sûretés et garanties, soumis par principe et sauf exceptions – nombreuses, il est vrai – aux mêmes contraintes que les créanciers chirographaires » ; F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998. doctr. 138, n° 9 : « Il n'a jamais été prétendu que le principe d'égalité traduise un droit à être désintéressé. Le principe d'égalité entre les chirographaires ne tend pas à autre chose qu'une égalité à l'intérieur de la catégorie. Quant au principe d'égalité entre tous les créanciers, il ne s'agit pas d'une égalité abstraite impliquant un paiement général "au marc le franc", qui effacerait les différences entre les créanciers, en l'occurrence les privilèges et sûretés, mais d'une égalité concrète, qui assure le bon fonctionnement de la procédure, la discipline collective, l'égalité, chaque fois que des conditions différentes n'imposent pas un traitement différent ».

³ M. Sénéchal, th. précitée, n° 439 et s., p. 461 et s. V. également N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009, n° 195, pp. 193-194 : « Après le jugement d'ouverture, les créances antérieures ne sont, en principe, plus susceptibles d'évolution,

impossible, pour tout créancier antérieur, de se faire consentir des avantages améliorant sa situation après le jugement d'ouverture sans consentir à aider à nouveau le débiteur. Le droit de gage spécial du créancier est donc également paralysé, et la gravité des atteintes subies par ce droit dépend de la *summa divisio* des sûretés avec et sans dépossession (§2).

§1) La neutralisation du droit de gage général des titulaires de sûretés réelles

649. Plan. La paralysie du droit de gage général de tous les créanciers est impérative, l'horizon à atteindre étant le redressement du débiteur en difficulté. Il est donc nécessaire de donner du temps aux organes de la procédure afin d'évaluer la consistance de son patrimoine et de déterminer la solution la plus appropriée, tout en évitant que les créanciers ne saisissent les biens nécessaires à la poursuite de l'activité du débiteur. La soumission à la discipline collective, avec quelques ajustements dus à la présence d'une sûreté portant sur un bien du débiteur, fait donc partie du « régime patrimonial primaire »¹ applicable à tout créancier (A). Ce principe connaît cependant des exceptions. Certaines garanties réelles permettent à leur titulaire d'échapper totalement – ou presque – à la procédure collective qui frappe leur débiteur. Si cette solution est parfois pleinement justifiée, il faut s'interroger sur la pertinence du traitement des fiducies-sûretés sans patrimoine d'affectation² (B).

A) Le principe : la soumission de tout créancier à la discipline collective

650. La soumission des créanciers à l'obligation de déclaration. Aux termes des articles L. 622-24 et suivants du Code de commerce, tout créancier, quelle que soit la vigueur

ce que l'on peut traduire par une règle d'immutabilité des créances » et, en droit belge, J. Caeymaex et T. Cavenaile, *Manuel des sûretés mobilières*, Larcier, 2^e éd., 2018, n° 50, p. 57 : « L'égalité des créanciers, principe majeur de la loi sur les faillites, impose d'arrêter leurs droits respectifs au moment du jugement déclaratif, voire à la date de la cessation des paiements dans la mesure où certains actes survenus pendant la période suspecte peuvent être déclarés inopposables à la masse ».

¹ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 6, p. 22, l'auteur faisant référence au droit de tout créancier de saisir et faire vendre le bien de son débiteur.

² Au premier rang desquelles se trouve la cession de créances professionnelles « Dailly » à titre de garantie. Sur la manière dont son traitement est diversement apprécié par les spécialistes de droit des sûretés et ceux du droit des procédures collectives, v. D. Legeais, « L'avenir du « Dailly » », art. précité, p. 219 et s.

de son droit, est tenu de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur, sous peine d'inopposabilité, ce qui signifie l'impossibilité de participer aux répartitions et dividendes. En présence d'une créance garantie par une sûreté réelle, cette obligation devient particulièrement intéressante pour deux raisons¹. La première est d'ordre historique : c'est par le biais de l'obligation de déclaration que les titulaires de sûretés réelles ont été soumis à la discipline collective et, par la suite, les évolutions du régime de cette obligation ont reflété l'attitude du législateur par rapport aux créanciers². La deuxième est d'ordre pratique, la nécessité de déclarer sa créance s'accompagnant de l'obligation de déclarer sa sûreté.

651. Il est effectivement tout aussi impératif de déclarer l'existence de la sûreté réelle pour bénéficier des avantages qui y sont attachés³. De manière très logique, la déclaration servant à déterminer l'état du patrimoine du débiteur au jour de l'ouverture de la procédure, il est essentiel que le créancier porte à la connaissance des organes de la procédure tant l'existence de son droit de gage général que la consistance de son droit de gage spécial⁴. Lorsque seule la

¹ En revanche, la procédure de vérification des créances, qui débouche sur une décision du juge-commissaire, ne présente aucune particularité notable vis-à-vis des créances garanties par une sûreté réelle. Il suffit alors d'appliquer les art L. 622-27 ainsi que L. 624-1 et s. C. com. On notera simplement que, de manière surprenante, la Cour de cassation considère que la décision du juge-commissaire de rejeter une créance irrégulièrement déclarée ne permet pas son admission au passif et « entraîne, par voie de conséquence, l'extinction de la sûreté qui la garantissait » (Com., 4 mai 2017, n° 15-24854). On ne voit pas pourquoi le rejet de la demande devrait exercer une influence quelconque sur l'existence du droit, v., not., P. Cagnoli, « La portée des décisions en matière d'admission au passif dans la procédure collective et au-delà », *RPC* nov.-déc. 2019, dossier 45, n° 11 et s.

² Si le législateur a été timide en 1967, la jurisprudence déduisant des art. 40 et 42 de la loi du 13 juillet 1967 la paralysie du droit de poursuite des titulaires de sûretés durant le laps de temps consacré à la « production » et vérification des créances (Com., 8 novembre 1973, *Bull. civ.* IV, n° 318, p. 284 [n° 72-12407]). Plus généralement, sur le contenu de la loi de 1967 en matière de droit des sûretés, v. F. Derrida, « Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *D.* 1967. chron. XXX, p. 251 et s.), les choses ont changé avec la loi du 25 janvier 1985. Résolution « anti-créanciers », elle sanctionnait le défaut de déclaration dans le bref délai de quinze jours (!) par l'extinction de la créance et de ses accessoires, ce qui faisait disparaître les sûretés (sur la volonté du législateur de 1985 de diminuer l'intérêt des sûretés réelles, v. Ph. Delebecque, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N* 1986. 100414). L'époque est désormais un peu plus libérale, la loi de sauvegarde ayant remplacé l'extinction de la créance par son inopposabilité à la procédure, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 ayant permis par la suite la déclaration de créance par le débiteur pour le compte de son créancier. Ceci devrait se produire automatiquement s'il est diligent et mentionne le nom de tous ses créanciers dans la liste adressée au mandataire judiciaire (art. L. 622-6 C. com.). Le créancier titulaire d'une sûreté réelle aurait pourtant tort de se reposer sur son débiteur, la déclaration ne valant que « dans la limite du contenu de l'information fournie au mandataire judiciaire » (Com., 5 septembre 2018, n° 17-18516). L'omission de l'existence d'une sûreté réelle aurait donc pour conséquence l'admission de son bénéficiaire comme simple chirographaire, ce qui doit pousser les créanciers à continuer de déclarer eux-mêmes leurs créances ainsi que les accessoires qui y sont attachés. Sur ce point, v. P. Rossi, in V. Leloup-Thomas, F. Pérochon, P. Rossi et Ph. Roussel-Galle, « La déclaration des créances version 2014, la fin des ennuis pour les créanciers ? », *BJE* nov. 2014, p. 396 et s. : « Il n'était pas concevable de moins exiger de la déclaration faite par le débiteur que ce qu'on exige du créancier mais sauf erreur de ma part un mandataire judiciaire ne va pas rejeter une créance parce qu'elle n'indique pas s'il y a un privilège ou s'il n'y a pas de privilège. Simplement le privilège ne sera pas opposable à la procédure collective. Donc la logique est la même. La sanction du caractère incomplet de la déclaration faite par le débiteur n'est pas plus lourde que celle qui frappe le créancier qui ne déclare pas totalement sa créance ». V. également C. Faure, « Le rôle du juge-commissaire dans la vérification des créances », *RPC* nov.-déc. 2019, dossier 44, n° 9.

³ Art. L. 622-25 C. com.

⁴ Sur la distinction entre les deux, v. *supra*, n° 325 et s.

créance est déclarée, le créancier ne peut se voir admettre qu'en qualité de chirographaire¹. Reste que l'existence de la sûreté réelle produit un effet très intéressant sur le régime de l'obligation de déclaration : si la sûreté est publiée, alors, le mandataire judiciaire est tenu d'informer son titulaire de son obligation de déclaration, et le délai de deux mois pour l'accomplir ne court qu'à compter de la date de l'avertissement personnel². Par conséquent, en cas de défaillance du mandataire dans la délivrance de cette information, le délai de forclusion ne court pas à l'égard du créancier, qui pourra déclarer lorsqu'il aura connaissance de l'ouverture de la procédure collective³. Le titulaire d'une sûreté réelle préférentielle est donc assurément mieux traité qu'un créancier chirographaire antérieur ou postérieur non privilégié, pour lesquels le délai court toujours soit à compter du jour de la publication du jugement d'ouverture, soit à l'exigibilité de sa créance. Est-il moins bien traité que les titulaires d'un droit de propriété réservée ou d'une sûreté exclusive, qui sont dispensés de déclarer leur créance pour mettre en œuvre leur garantie⁴ ? La réponse est à nuancer, dans la mesure où les propriétaires obéissent à une procédure contraignante qui leur est propre.

652. La soumission des propriétaires à la procédure de revendication. Il n'est pas exact d'affirmer, sans préciser davantage les choses, que les bénéficiaires d'un droit de propriété réservé aux fins de garantie sont désintéressés hors de la procédure collective de leur débiteur⁵. Echapper à une telle procédure, c'est percevoir un paiement intégral et à l'échéance de sa créance⁶. Ce n'est pas ainsi que se déroule la procédure pour les titulaires d'un droit de propriété non publié. Tout comme un créancier antérieur doit rendre sa sûreté opposable à la procédure collective en la déclarant, les créanciers-propriétaires doivent rendre leur droit de

¹ V. not. Com., 6 juillet 1999, *Bull. Civ. IV*, n° 151, p. 126 (n° 96-21684).

² Art. L. 622-24, al. 1 C. com.

³ Com., 27 février 2007, *Bull. civ. IV*, n° 69 (n° 06-12033) : « la forclusion n'est pas opposable aux créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat publié dès lors qu'ils n'ont pas été avisés personnellement [...] seule la réception de l'avertissement prévu à l'article 66 du décret du 27 décembre 1985 fait courir le délai de deux mois à l'expiration duquel ces créanciers encourent la forclusion ».

⁴ A propos de la clause de réserve de propriété, v. *supra*, n° 107 et s. Pour la situation du cessionnaire Dailly, v. *infra*, n° 665 et s. De manière générale, v. J. Vallansan, P. Cagnoli et L. Fin-Langer, *Difficultés des entreprises – Commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, LexisNexis, 6^e éd., 2012, p. 192.

⁵ On peut donc dire des propriétaires qu'ils sont heureux et que « comme tous les nantis, ils ont leurs petits soucis... », ils font face à « quelques épines qui les contrarient, les font même souffrir parfois, et qui sont en fait assez nombreuses mais en général sans gravité, un peu comme s'ils avaient marché sur un cactus » (F. Pérochon, « Les propriétaires sont-ils heureux ? », *RLDA* mars 2005, n° 3). V. également P.-M. Le Corre, « L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté », art. précité, p. 218.

⁶ M. Desmichelle, *Les créanciers qui échappent aux conséquences de la procédure collective de leur débiteur*, th. Paris I, 1994, p. 12.

propriété opposable en agissant en revendication de leur bien dans un délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture de la procédure¹. La situation est courante pour le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété, sa publicité étant facultative, mais elle est nettement plus complexe pour le crédit-bailleur qui aurait manqué à son obligation de publier le contrat² avant l'ouverture de la procédure³, l'article L. 622-30 du Code de commerce lui interdisant d'y procéder après la date du jugement d'ouverture. L'action en revendication ne lui serait alors ouverte que s'il parvenait à prouver que tous les créanciers participant à la procédure collective avaient connaissance de l'existence du crédit-bail⁴, ou bien il pourrait l'exercer à l'encontre du reprenneur du bien crédit-bailé, la publicité du plan de cession dans lequel le bien est inclus rendant le contrat opposable *erga omnes*⁵. Cette situation ne vaut en réalité qu'en matière de crédit-bail mobilier. En effet, lorsque le contrat porte sur un immeuble, le renvoi effectué par l'article R. 313-13 du Code monétaire et financier aux règles classiques de la publicité foncière empêche les créanciers du débiteur de se prévaloir de l'inopposabilité pour défaut de publicité du contrat. La simple publication de l'acte d'acquisition de l'immeuble crédit-bailé suffit ici à l'opposabilité des droits du propriétaire de l'immeuble⁶.

653. Si le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur d'un bien mobilier n'ont pas publié leur contrat et n'ont pas agi dans les délais, la sanction est lourde : leur droit de propriété n'est pas perdu, mais devient inopposable à la procédure⁷. C'est dire que, pour le temps de la procédure, le bien n'est pas « intégré au gage commun des créanciers » – formule inexacte car excessive⁸ – mais devient librement disponible pour les organes de la procédure, qui peuvent le

¹ Art. L. 624-9 C. com.

² Art. L. 313-10, ainsi que R. 313-3 et s. CMF.

³ Il faut également signaler que le fiduciaire à la tête d'un patrimoine affecté comprenant des biens meubles mis à disposition du débiteur est tenu d'exercer l'action en revendication, comme l'indique l'art. L. 624-16, al. 1 C. com.

⁴ V., entre autres, Com., 11 mai 2010, n° 09-14048 et Com., 29 avril 2014, n° 13-12528. Il est évident que les conditions requises pour exercer l'action en revendication ne seront pas fréquemment réunies en cette hypothèse...

⁵ Com., 28 octobre 2008, n° 07-16443.

⁶ Com., 15 mai 2001, *Bull. civ.* IV, n° 89, p. 85 (n° 98-14965). A propos de cette solution, v. not. M. Dagot, « La publicité au bureau des hypothèques des contrats de crédit-bail immobilier », *JCP N* 1985. 9418, spé. n. 31 ; R.-N. Schütz, « Crédit-bail », *Rép. civ.*, oct. 2016, n° 163.

⁷ Com., 15 décembre 2015, n° 13-25566.

⁸ V. M. Laroche, *Revendication et propriété – Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. Théry, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 24, 2007, n° 67, p. 46. Il est en effet permis aux organes de la procédure de considérer le bien comme faisant partie de l'actif du débiteur, ce qui ne signifie pas qu'il en soit ainsi en réalité. A l'issue de la procédure, si le bien n'a pas été cédé, le propriétaire – qui n'a jamais cessé de l'être – pourra le revendiquer, rapp. J. Vallansan, « Le gage commun », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 30 : « Si le bien n'est pas revendiqué, il entre dans le gage commun de la collectivité des créanciers, ce qui permet aux organes de la procédure de le réaliser (dans le cadre d'une cession d'actif ou d'un plan de cession). Le bien non revendiqué n'entre pas pour autant dans le patrimoine du débiteur (et donc dans le gage commun du Code civil) ».

traiter comme bon leur semble tant qu'ils agissent dans l'intérêt de l'entreprise¹. Il leur est ainsi permis de le détruire² ou, de façon moins extrême, de le céder³. La garantie reposant sur la conservation du droit de propriété disparaît donc en l'absence de revendication dans les délais, exactement comme la sûreté réelle est privée d'effet à l'égard de la procédure si elle n'est pas mentionnée dans la déclaration de créance⁴.

654. Même si la demande en revendication est effectuée dans les délais, il faut encore que l'administrateur acquiesce et, à défaut, que le juge-commissaire statue sur le sort du contrat⁵. Rien n'est automatique, ce qui atteste de la soumission du droit de propriété conservé aux fins de garantie aux objectifs de la procédure collective. Son imprescriptibilité est mise à mal car l'existence d'un délai « *réduit l'éternité à trois mois* »⁶ : si le créancier n'est pas suffisamment diligent, son bien sera happé par la procédure afin de participer à l'objectif de redressement de l'entreprise. Cette fin justifiant les moyens, l'inopposabilité est limitée à ce qui est strictement nécessaire⁷ : elle ne vaut que dans la procédure actuelle et n'empêche pas d'agir en revendication contre un tiers acquéreur de mauvaise foi⁸. Le propriétaire, fort d'un droit

¹ La Cour de cassation a ainsi rappelé récemment que la sanction prévue par les règles du droit des procédures collectives ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du créancier au regard de l'article 1 du premier protocole additionnel à la CEDH, v. Com., 3 avril 2019, n° 18-11247 : « *s'il en résulte une restriction aux conditions d'exercice du droit de propriété de celui qui s'est abstenu de revendiquer son bien, cette atteinte est prévue par la loi et se justifie par un motif d'intérêt général, dès lors que l'encadrement de la revendication a pour but de déterminer rapidement et avec certitude les actifs susceptibles d'être appréhendés par la procédure collective afin qu'il soit statué, dans un délai raisonnable, sur l'issue de celle-ci dans l'intérêt de tous* ».

² Com., 3 décembre 2003, n° 01-02177.

³ Com., 23 mai 1995, *Bull. civ.* IV, n° 153, p. 142 (n° 93-10439). Ce dont les organes de la procédure ne se privent pas, v. J. Théron, « *Combattre un monstre juridique : la « propriété inopposable » des biens non revendiqués* », *D.* 2018. 2424, n° 2 : « *Si l'on voulait être provocateur, on pourrait même dire qu'il y a là un credo : dès le troisième mois écoulé depuis la publication du jugement, tous les biens appartenant à des tiers qui n'ont pas été revendiqués sont considérés entrer dans le gage des créanciers. Il est alors du devoir du liquidateur de les réaliser pour désintéresser ces derniers* ». Cet auteur s'oppose avec virulence à l'inopposabilité du droit de propriété non publié, dont il considère qu'il s'agit d'une aberration conduisant à une privation du droit de propriété contraire aux textes fondamentaux. La solution est sans doute justifiée en théorie, mais la sanction de la seule fin de non-recevoir adressée à l'action en revendication une fois le délai de trois mois parvenu à son terme ne paraît pas non plus constituer la solution idoine : l'utilité des biens serait alors stérilisée pendant toute la durée de la procédure, qui peut s'étaler sur plusieurs années. A notre avis, le mieux serait de soumettre les garanties exclusives à une publicité obligatoire aux fins d'opposabilité, ce qui permettrait aux propriétaires de ne plus être soumis aux délais de l'action en revendication, mais leur ouvrirait systématiquement la voie de l'action en restitution, sans condition de délai. Toutefois, le chemin à parcourir est encore long avant d'imaginer une publicité au domaine si étendu, v. *infra*, n° 822 et s., ainsi que n° 849 et s.

⁴ Comp. F.-X. Lucas, « *La revendication des biens immatériels à l'occasion d'une procédure collective – Contribution à l'étude de la distraction de saisie collective* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 534 : « *Contrairement à ce qu'elle est dans le droit commun, [l'action en revendication] cesse en droit des procédures collectives d'être une simple faculté ouverte au propriétaire, une prérogative qui découle de son droit de propriété, pour devenir une obligation sanctionnée par l'inopposabilité de ce droit à la procédure* ».

⁵ Pour la procédure à suivre, v. l'art. R. 624-13 C. com.

⁶ F. Pérochon, « *La revendication du créancier* », *RJ Com.* n° spé. 1992, p. 94.

⁷ M. Laroche, th. précitée, n° 80, p. 53.

⁸ Com., 15 décembre 2015, précité.

potentiel, pourra revendiquer son bien à la fin de la procédure, s'il existe encore en nature entre les mains du débiteur¹. Conforme aux principes constitutionnels selon lesquels le législateur peut édicter des limitations à l'exercice du droit de propriété proportionnées au but recherché, sans privation de ce droit², cette solution constitue un modèle d'équilibre entre les intérêts du propriétaire, du débiteur en difficulté et des tiers. Il faut s'inspirer de son esprit afin de bâtir le droit commun des garanties exclusives dans les procédures collectives³.

655. La soumission au principe de l'interdiction des poursuites. Comme tout créancier titulaire d'une créance antérieure ou postérieure « inutile » au jour du jugement d'ouverture, le bénéficiaire d'une sûreté réelle, qu'elle soit préférentielle ou exclusive, ne peut ni agir en justice contre le débiteur, ni conserver les sommes éventuellement reçues de sa part en violation de l'article L. 622-7 du Code de commerce. La nullité de tels actes – et donc l'obligation de restituer les fonds indûment perçus – provient de la volonté législative d'éviter « l'anarchie des poursuites »⁴, ce qui conduit nécessairement à traiter le titulaire d'une sûreté réelle comme tous les autres créanciers.

656. L'interdiction d'agir contre le débiteur se double d'une interdiction de mettre en œuvre une procédure civile d'exécution à son égard. La prohibition prend une coloration particulière à l'égard des titulaires de sûretés réelles préférentielles puisqu'elle empêche la mise en œuvre des voies d'exécution qui leur sont spécifiquement offertes au titre du droit commun : la faculté d'attribution judiciaire du bien grevé et le pacte comissoire⁵. L'effet réel de la procédure collective et la finalité de la période d'observation impliquent que tous les moyens de contraindre le débiteur à payer soient paralysés après la date du jugement d'ouverture⁶. Autoriser les titulaires de sûretés réelles à distraire un bien du gage commun des créanciers n'aurait pas de sens car cela rendrait plus difficile le redressement de l'entreprise en cas de

¹ M. Laroche, th. précitée, n° 141 et s., p. 92 et s. ; Comp. M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, n° 3, p. 445 ainsi que n° 30 et s., p. 459 et s.

² V. *supra*, n° 112.

³ Et ce notamment en ce qui concerne le sort des biens revendiqués au cours de la période d'observation, v. *infra*, n° 662 et s.

⁴ M. Sénéchal, th. précitée, n° 8, p. 18.

⁵ Sur la qualification de procédures civiles d'exécution de ces techniques, v. *supra*, n° 622 et s. Il s'agit également de la qualification retenue en droit OHADA, v. R. Akono Adam, « Les sûretés à l'épreuve de la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Banque et Droit* mars-avril 2018, n° 19-20, pp. 15-16.

⁶ C'est ainsi que l'attribution judiciaire obtenue par une ordonnance de référé avant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur ne peut être mise en œuvre si un appel empêche cette décision d'obtenir l'autorité de chose jugée avant la date du jugement d'ouverture, v. CA Paris, Pôle 1, Chambre 3, 12 décembre 2018, n° 18/08567.

transfert d'un bien nécessaire à la poursuite de l'activité du débiteur et, en toute hypothèse, aboutirait à avantager indûment un créancier antérieur au détriment des autres. En revanche, si un créancier titulaire d'une créance postérieure utile à la procédure parvenait à se faire consentir une sûreté réelle traditionnelle en contrepartie du service rendu¹, il serait tout à fait normal qu'il puisse solliciter l'attribution judiciaire du bien grevé en raison de son droit de demander l'exécution forcée en cas de défaut de paiement de sa créance à l'échéance².

657. De même, les titulaires de sûretés réelles préférentielles doivent prendre garde au deuxième membre de phrase de l'article L. 622-21, II du Code de commerce arrêtant ou interdisant « *toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture* ». La saisie suivie de la vente du bien avant l'ouverture de la procédure ne permet donc pas aux titulaires de sûretés d'être nécessairement payés hors de la procédure. Il faut encore que la procédure de distribution ait produit ses effets, ce qui signifie que si les créanciers n'ont pas effectivement reçu le paiement, les fonds produits par la vente du bien grevé doivent être remis aux organes de la procédure en raison de la caducité de la procédure de distribution³. Aucune particularité n'est à soulever sur ce point à propos des titulaires de sûretés réelles, les fonds étant ensuite répartis suivant le classement légal des créanciers fixé par le droit des entreprises en difficulté.

658. L'interdiction des poursuites soulève une dernière question : s'étend-elle aux actions exercées contre les tiers ? Dans le cas d'un cautionnement réel, la question ne pose pas de véritables difficultés. S'agissant de la période d'observation, la réponse est nécessairement positive vis-à-vis des personnes physiques, à l'exemple de ce qui prévaut pour les cautions classiques. Comme l'état des finances de l'entreprise n'est pas encore connu, les poursuites sont suspendues et ne pourront reprendre qu'en cas de caractérisation de l'état de cessation des paiements et d'adoption d'un plan de continuation, de cession ou de liquidation. Le créancier peut en revanche agir librement contre la caution réelle personne morale. La solution est donnée

¹ Art. L. 622-7, II C. com.

² A ce propos, v. les quatre arrêts rendus par la Chambre Commerciale de la Cour de cassation le 25 juin 1996, n° 94-20850 à 94-20853 : « *l'arrêt [a] exactement énoncé que le droit d'être payé à l'échéance de la créance est indissociable du droit d'exercer des poursuites* ».

³ Art. R. 622-19, al. 1 C. com. Pour un exemple récent de mise en œuvre de ce texte, à propos de la distribution du prix de vente d'un immeuble, v. Com., 17 avril 2019, n° 17-15960.

par les textes du Code de commerce fixant le sort de tous les garants de la dette d'autrui¹. Pour le reste, il est largement admis que les créanciers puissent agir contre un tiers, débiteur de leur débiteur en difficulté². On le voit, le Livre VI du Code de commerce impose un certain nombre de restrictions aux droits des titulaires de sûretés préférentielles et de droits de propriété non publiés. En l'état actuel des choses, il est toutefois impossible d'intégrer ces dispositions au droit commun des sûretés réelles en général, tant les exceptions au profit des droits exclusifs sont nombreuses.

B) L'exception : la garantie réelle comme moyen de diminuer les contraintes de la discipline collective

659. Plan. S'il ne s'agit pas du droit commun des garanties réelles, plusieurs de ces mécanismes permettent d'améliorer grandement le sort de leur bénéficiaire en l'extrayant assez largement des règles posées par le législateur dans le but de soumettre tous les créanciers au même traitement. On peut ainsi citer les droits de propriété utilisés aux fins de garantie publiés avant l'ouverture de la procédure (1), les fiducies-sûretés dépourvues de patrimoine d'affectation (2), ainsi que les garanties financières (3).

¹ V. *supra*, n° 426 et s.

² La Cour de cassation a rendu un arrêt très net en ce sens, bien qu'il soit inédit : Com., 30 mars 2005, n° 03-15561 : « *les dispositions de l'article L. 621-24 du Code de commerce ne s'appliquent qu'aux paiements faits par le débiteur et non par un tiers* » ; A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^e éd., 2019, n° 457, p. 293 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 11^e éd., 2018, n° 703, p. 457 et s. L'espèce précitée concernait toutefois une délégation de loyers, technique qui confère au délégataire un droit exclusif au paiement, ce qui empêche notamment le délégant de réclamer ou recevoir le paiement du délégué (art. 1339, al. 2 C. civ.). Il nous semble que la Cour de cassation gagnerait à clarifier sa position en limitant le bénéfice de sa jurisprudence aux titulaires de droits exclusifs contre des tiers. Dans l'hypothèse inverse, si le débiteur en difficulté peut recevoir le paiement, les sommes devraient entrer dans le gage commun des créanciers. Cela permettrait d'améliorer la cohérence du droit des sûretés réelles. Le gagiste immobilier, créancier du locataire de l'immeuble grevé, devrait donc percevoir les loyers dus sans que la procédure collective du propriétaire ne l'affecte. En revanche, à notre sens, la situation devrait être différente pour le créancier nanti, qui ne dispose pas d'un droit de jouissance sur la créance grevée. Le constituant demeurant titulaire de la créance, les sommes reçues du débiteur de la créance nantie doivent entrer dans le gage commun des créanciers, déduction faite d'une quote-part réservée exclusivement au créancier nanti. Sur tous ces points, v. *supra*, n° 254 et s., ainsi que R. Dammann, « Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives », in J.-L. Vallens (dir.), *Crise du crédit et entreprises – Les réponses du droit*, Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2010, n° 116, p. 90.

1 – Les droits de propriété publiés avant l'ouverture de la procédure

660. Le respect du droit de propriété opposable à la procédure. La situation du propriétaire ayant publié son droit, qu'il agisse du vendeur réservataire¹, du crédit-bailleur immobilier qui a publié son titre d'acquisition ou du crédit-bailleur mobilier qui a respecté son obligation légale de publication du contrat, est bien plus favorable qu'en cas d'absence de publicité². En effet, il est dispensé d'agir en revendication et échappe à la soumission de son droit à la procédure collective, la demande de restitution pouvant être adressée aux organes de la procédure sans avoir à respecter un quelconque délai³. Ayant rapidement fait connaître l'existence de son droit aux organes de la procédure, il leur permet de se faire une idée plus précise de la consistance de l'actif du débiteur, ce qui le libère en échange du sacrifice le plus important imposé aux créanciers-propriétaires⁴.

Les différents titulaires de garanties exclusives reposant sur la conservation du droit de propriété ne sont cependant pas tous logés à la même enseigne. En l'absence de texte spécial, les crédits-bailleurs et vendeurs réservataires en matière immobilière sont soumis aux articles L. 624-9 à L. 624-10-1 du Code de commerce, ce qui implique le respect des dispositions applicables à la continuation des contrats en cours⁵. Afin de favoriser le redressement de l'entreprise, le droit des procédures collectives sépare clairement la reconnaissance de l'opposabilité du droit de propriété et le droit d'obtenir la restitution des biens qui sont détenus par le débiteur. Si ces biens sont indispensables au maintien de l'activité et que le débiteur dispose de fonds suffisants, la continuation du contrat sera décidée, ce qui aura pour effet le

¹ Le droit japonais des procédures collectives se prononce également en ce sens, la qualité de propriétaire du vendeur réservataire le dispensant de publier sa garantie alors que les titulaires de sûretés traditionnelles sont soumis à cette obligation, v. Y. Setoguchi, « La clause de réserve de propriété dans le droit japonais de la faillite », art. précité, n° 10 et s.

² Il faut signaler que le fiduciaire à la tête d'un patrimoine d'affectation composé de biens meubles mis à disposition du débiteur peut bénéficier de ce régime plus favorable, s'il a pris la peine de publier la convention de mise à disposition dans les conditions prévues à l'art. R. 624-15 C. com., v. S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 6, 2016, n° 257, p. 187 et F. Macorig-Venier, « Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté », in Ph. Roussel-Galle (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, n° 1014 et s., p. 425 et s. Ce régime est automatiquement applicable aux fiducies sur immeubles, l'art. 2019, al. 2 C. civ. renvoyant expressément aux formalités de publicité foncière des art. 647 et 657 du CGI à peine de nullité.

³ V. l'art. L. 624-10 C. com. et Com., 18 septembre 2012, n° 11-21744.

⁴ Rapp. F.-X. Lucas, « La revendication des biens immatériels à l'occasion d'une procédure collective – Contribution à l'étude de la distraction de saisie collective », art. précité, p. 536 : « La revendication vise à remettre en cause une apparence, à dissiper un malentendu en quelque sorte, si bien qu'elle ne doit être imposée qu'aux seuls propriétaires qui ont laissé se créer cette apparence que leur propriété est menacée par une dépossession ».

⁵ En ce sens, en matière de crédit-bail, Com., 20 septembre 2017, n° 16-14065 ; en matière de vente immobilière avec réserve de propriété, Com., 1^{er} février 2000, *Bull. civ. IV*, n° 23, p. 19 (n° 97-15263).

blocage de la restitution du bien jusqu'à la résiliation ou au terme du contrat. Très concrètement, cela revient à imposer un délai de paiement au créancierpropriétaire, qui devra déclarer ses créances impayées à la procédure collective du débiteur mais bénéficiera du droit au paiement à l'échéance pour toutes les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture¹, comme le prévoit l'article L. 622-17 du Code de commerce². Le défaut de paiement de ces créances dans les délais entraîne en revanche la résiliation de plein droit du contrat³, ce qui permet au propriétaire de récupérer son bien après revendication. Lorsque des biens qui ne sont pas indispensables au maintien de l'activité du débiteur font l'objet de tels contrats, il suffit au créancier de mettre en demeure les organes de la procédure de se prononcer sur le sort du contrat, ce qui aboutira soit à une résiliation de plein droit pour défaut de réponse, soit à une résiliation prononcée par le juge-commissaire si l'administrateur le saisit et qu'elle est motivée par la sauvegarde de l'entreprise, le propriétaire pouvant alors obtenir la restitution de ses biens. Le système est donc parfaitement équilibré en ce qui concerne les contrats de crédit-bail et la vente immobilière sous réserve de propriété.

661. La solution est bien différente lorsque l'on s'intéresse à la situation du vendeur de meubles sous réserve de propriété. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement affirmé, par un arrêt du 5 mai 2004, « *qu'un contrat de vente de biens mobiliers dont la propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé lors de l'ouverture de la procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce* »⁴. La solution est regrettable, d'autant plus qu'il s'agissait uniquement de se prononcer sur le point de départ du délai préfix permettant l'action en revendication du propriétaire. La Chambre commerciale aurait pu, comme elle l'avait déjà fait, fixer ce point de départ à la date de publication du jugement d'ouverture de la procédure sans se prononcer sur la nature de contrat en cours – ou non – de la vente mobilière avec réserve de propriété⁵. La solution concrète doit être approuvée mais la motivation laisse perplexe, car il en résulte une qualification différente de ce contrat suivant qu'il porte sur des meubles ou des immeubles. De plus, alors qu'en règle

¹ V. Com., 12 janvier 2010, *Bull. civ. IV*, n° 4 (n° 08-21456).

² Subsidiairement, le créancier bénéficiera également de la priorité de paiement de l'article L. 622-17, II, 3° C. com., s'agissant d'une situation dans laquelle il n'accepte pas de recevoir un paiement différé, mais subit seulement la continuation du contrat aux conditions d'origine.

³ Art. L. 622-13, III, 2° C. com.

⁴ Com., 5 mai 2004, *Bull. civ. IV*, n° 81, p. 85 (n° 01-17201 et 01-17590) ; *D.* 2004. 2144, obs. F.-X. Lucas.

⁵ Com., 3 avril 2001, *Bull. civ. IV*, n° 72, p. 69 (n° 98-11169).

générale le débiteur peut conserver le bien en ne payant que les échéances postérieures à l'ouverture de la procédure, la règle spéciale qui s'applique au vendeur de meubles lui permet d'obtenir le paiement de ses créances antérieures, condition *sine qua non* au blocage de la restitution des biens¹. La règle spéciale rend donc plus difficile le redressement du débiteur en difficulté, obligé de payer des créances antérieures pour conserver la détention des biens indispensables au maintien de son activité. Il s'agit là d'un cas exceptionnel dans lequel un « créancier du passé » peut faire totalement abstraction de l'ouverture de la procédure collective.

662. Vers l'alignement du sort du vendeur de meubles sur celui des autres propriétaires. Est-il bien justifié d'accorder une telle faveur au vendeur de meubles sous réserve de propriété ? Il a été avancé que la position d'un tel créancier-propriétaire devait être bien plus avantageuse que celle des autres créanciers car elle peut être rapprochée de celle d'un gagiste avec dépossession ou d'un rétenteur². Il nous semble que, précisément, la comparaison des situations du réservataire et du rétenteur devrait déboucher sur un traitement différencié des deux types de créanciers. En effet, le rétenteur n'est payé que parce qu'il exerce son emprise matérielle sur un bien indispensable à la poursuite de l'activité du débiteur. Sa créance antérieure est réglée dans le seul but de libérer le bien de cette emprise et ainsi faciliter le redressement du débiteur. En revanche, la situation du vendeur réservataire se rapproche bien davantage de celle du créancier fiduciaire ayant conclu une convention de mise à disposition avec le débiteur³. Ce dernier ne peut exercer ses droits au cours de la période d'observation en

¹ L'article L. 624-16, al. 4 C. com. dispose en effet qu'« il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement ». Il est alors possible pour les parties de reproduire l'économie de leur contrat d'origine : les créances échues sont immédiatement payées pour tenir en échec la revendication et le solde du prix devra être payé selon l'échéancier prévu à la conclusion du contrat.

² M.-H. Monsérié, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 33, 1994, n° 231, p. 217.

³ Sur cette idée, proposant de repousser systématiquement la restitution des biens nécessaires à la poursuite de l'activité à l'issue de la période d'observation, v. N. Borga, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », in L. Andreu et M. Mignot (dir.) *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 24, pp. 303-304. Rapp. également C. Houin-Bressand, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *RDBF* mars 2010, dossier 12, n° 12 : « Dans les deux hypothèses [crédit-bail et fiducie avec convention de mise à disposition], le dispositif se justifie par l'utilité présentée par les biens qui constituent l'assiette de la garantie. Les biens restés entre les mains du débiteur sont présumés lui être utiles pour son activité. La règle lui permet donc de pouvoir les utiliser sans avoir forcément à désintéresser le créancier. Elle fragilise cependant ces garanties qui, à ce niveau, apparaissent dès lors moins attractives que la clause de réserve de propriété [...] l'avantage semble toutefois moins légitime dans la mesure où le banquier titulaire d'une clause de réserve de propriété est dans la même situation que celui qui bénéficie d'une fiducie-sûreté. Il n'y a donc pas de véritable raison de lui permettre d'invoquer la première lorsqu'il ne peut pas réaliser la seconde ».

raison de la mainmise du débiteur sur le bien grevé nécessaire au maintien de son activité. Il est alors parfaitement incompréhensible de traiter le vendeur réservataire de meubles comme un rétenteur ou un fiduciaire « avec dépossession » alors que sa situation concrète est la même que celle d'un crédit-bailleur, d'un réservataire immobilier ou du bénéficiaire d'une fiducie avec convention de mise à disposition, le bien grevé se trouvant entre les mains du débiteur¹. Il paraît donc important de rationaliser le traitement de la réserve de propriété mobilière² pour voir apparaître un principe selon lequel tout titulaire d'une garantie réelle exclusive doit se soumettre au principe de la continuation des contrats en cours lorsque le bien grevé se trouve entre les mains du débiteur. L'édiction de ce principe renforcerait la cohérence de l'articulation entre garanties réelles et procédures collectives et permettrait l'augmentation des chances de redressement des débiteurs en difficulté³.

663. Trois modifications du droit positif seraient nécessaires pour procéder à l'alignement de la situation du vendeur de meubles sur celle des autres titulaires de garanties exclusives. Tout d'abord, les deux premiers alinéas de l'article L. 624-16 du Code de commerce devraient être déplacés à l'article L. 624-9 pour constituer ses deuxième et troisième alinéas. Le vendeur réservataire réintégrerait ainsi le droit commun composé notamment de l'article L. 624-10-1 du même Code. De plus, la possibilité de bloquer la revendication par un paiement immédiat devrait être supprimée. Il faudrait faire bénéficier le débiteur d'un délai de paiement pour les échéances impayées avant l'ouverture de la procédure collective et déclarées par le réservataire.

¹ Comp. toutefois, estimant que la restriction des droits du bénéficiaire de la clause de réserve de propriété en matière mobilière n'est envisageable que face au banquier cessionnaire de la créance de prix, F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. précité, n° 23.

² Rappr. C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020, n° 296, p. 285 : « En somme, en l'absence de transfert solo consensus de la propriété, le contrat n'a pas produit son principal effet pour le débiteur. L'on peine donc à expliquer l'évincement de la qualification de contrat en cours, autrement que par des considérations de politique juridique ».

³ Dans le même sens, N. Borga, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 24, pp. 303-304 ; R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie et sauvegarde : deux réformes complémentaires », *BJS* fév. 2008, p. 88 et s. : « Il suffirait que la mise en oeuvre de la fiducie-sûreté soit suspendue pendant la période d'observation, de manière comparable à ce que l'on constate à l'étranger. Au demeurant, on pourrait également réfléchir à un alignement de l'ensemble des sûretés sur le même modèle, afin de parvenir à un système simple, lisible et équitable : le débiteur garderait la possession des actifs grevés de sûretés pendant la période d'observation, mais, en contrepartie, les créanciers titulaires de sûretés devraient bénéficier d'une véritable protection en cas de cession des actifs ou de plan de redressement » ; O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD Civ.* 2013. 255 : « il serait plus louable de poser une règle générale reconnaissant au débiteur la prérogative d'user, pour les besoins du sauvetage de l'entreprise, de l'ensemble des biens se trouvant en sa possession ». V., déjà, F. Derrida, « Très brefs propos sur la réforme de la « faillite » », *D.* 1993. 321, n° 4 : « Destiné à sauver les entreprises viables, le redressement judiciaire appelle des sacrifices de la part des partenaires de l'entreprise ; les créanciers peuvent se voir imposer des restrictions sensibles à leurs droits, c'est-à-dire au pouvoir d'intervenir dans la procédure et même à leur paiement [...] les clauses de réserve de propriété devraient être écartées ».

En revanche, comme en matière de crédit-bail, si le débiteur veut acquérir la propriété des biens grevés, il doit être tenu de verser la totalité de la somme due au vendeur, les échéances impayées incluses, sous réserve des délais et remises consentis dans le plan. Seul le paiement intégral du prix de vente constitue l'événement contractuellement prévu pour le transfert de propriété dans le contrat de vente avec réserve de propriété¹. C'est alors l'article L. 622-7, II du Code de commerce qu'il faudrait revoir pour inscrire cette possibilité. Il faudrait enfin que la jurisprudence en revienne à une conception plus souple de la notion de contrat en cours, en qualifiant de la sorte tous les contrats de vente qui n'ont pas encore produit la totalité de leurs effets au jour du jugement d'ouverture², et non seulement les contrats de vente dans lesquels le débiteur en difficulté peut encore exiger l'exécution d'une prestation de son cocontractant³. Même si ces modifications étaient adoptées, il serait encore possible d'affirmer que les propriétaires restent largement hors d'atteinte des règles imposant à tous les partenaires de l'entreprise une discipline collective. Un délai de paiement leur serait imposé pour les créances antérieures à la procédure, et ils ne devraient être tenus de laisser le débiteur jouir du bien grevé qu'autant qu'il paye à l'échéance les sommes dues après l'ouverture de la procédure collective. A court terme, il s'agit là du mieux que l'on puisse faire en vue de parvenir à une meilleure articulation du droit des sûretés et du droit des procédures collectives, vis-à-vis de véritables propriétaires. Une réforme ambitieuse devrait cependant aller bien plus loin⁴. De simples créanciers, quelle que soit la vigueur de leur sûreté réelle, ne devraient en revanche pas pouvoir bénéficier d'un régime si favorable.

¹ V. *supra*, n° 107 et s.

² V. not. Com., 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 253, p. 217 (n° 94-12546), à propos de la vente de parts d'une société civile immobilière : « dès lors que le transfert de propriété des parts ne s'était pas réalisé avant l'ouverture de la procédure collective, le contrat de vente était en cours ». En ce sens, S. Zépi, th. précitée, n° 882, pp. 365-366. Le droit allemand retient cette conception, v. not. F. Trockels, « Aperçu du nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne », *RPC* 1996, p. 35.

³ Sur le caractère insatisfaisant d'une telle solution du point de vue théorique, v. F.-X. Lucas, obs. précitées : « *La proposition a le mérite de mettre un terme au débat. Elle n'est pas pour autant parfaitement convaincante. La récusation de la qualification de contrat en cours est troublante. Lorsque le prix n'a pas été payé et lorsque la propriété n'a pas été transférée, on peut être au contraire d'avis que le contrat est bien en cours d'exécution. Dire qu'il n'en est rien, même avec la précision que c'est « au sens de l'art. L. 621-8 c. com. » que la qualification de contrat en cours est récusée, est propre à semer le trouble dans les esprits. On nous répondra que la Cour de cassation n'a pas reçu pour mission d'assurer le confort intellectuel des commentateurs, lesquels devront donc se satisfaire de cette inconfortable proposition qui veut que le contrat de vente sous réserve de propriété ne soit pas un contrat en cours mais ne soit pas non plus un contrat exécuté lorsque le prix n'a pas été payé, ni la propriété transmise* ».

⁴ Pour une ébauche de réforme, v. *infra*, n° 756 et s.

2 – Les fiducies-sûretés dépourvues de patrimoine d'affectation

664. La toute-puissance de la cession Dailly¹. C'est pourtant ce qui se produit pour les titulaires de fiducies-sûretés sans patrimoine d'affectation. On prendra l'exemple de la cession « Dailly », dont l'efficacité est régulièrement mise à l'épreuve du droit des procédures collectives, pour illustrer notre propos². Si le cessionnaire est obligé de déclarer sa créance pour la rendre opposable à la procédure collective du cédant, il n'a pas à déclarer l'existence de sa sûreté et se trouve à l'abri du principe de l'interdiction des poursuites.

665. Cession Dailly et déclaration de créance. La nécessité pour le cessionnaire « Dailly » de déclarer sa créance est discutée en doctrine. Certains prennent appui sur la jurisprudence relative à la clause de réserve de propriété pour estimer que la déclaration de créance est inutile³, alors que d'autres soumettent le cessionnaire à cette obligation en avançant le caractère accessoire des fiducies-sûretés en général⁴. Il y a là deux questions à bien distinguer. Tout d'abord, il ne peut faire de doute que, comme tout créancier, le bénéficiaire d'une cession Dailly ne peut opposer sa créance à la procédure collective du cédant – et ainsi participer aux répartitions et dividendes – que s'il a pris la peine de la déclarer dans les délais légaux. C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 30 juin 2015, estimant que la créance garantie doit être produite, mais non la créance

¹ Rappr. F. Pérochon, « La discipline collective », art. précité, n° 18, p. 11 : « *Le cas du cessionnaire Dailly est particulièrement favorable, puisque la jurisprudence lui permet d'échapper totalement à la discipline collective du cédant, et il exerce ses droits sur les créances qu'il a acquises à titre de garantie exactement comme en l'absence de procédure collective* ».

² Cession Dailly que M. Aynès a pu qualifier de « *reine des sûretés en procédure collective* », v. R. Dammann, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC* mai 2009. A dire vrai, ces observations s'étendent également à la fiducie-gestion, dont on parle moins mais qui est tout aussi dangereuse pour l'entreprise en difficulté. La technique de la fiducie constitue intrinsèquement une garantie, eu égard au « transfert de propriété » au sein du patrimoine fiduciaire. En ce sens, M. Dubertret, in R. Dammann, Ph. Dubois, M. Dubertret, Y. Lelièvre et M. Sénéchal, « Table ronde : atouts et freins à l'essor de la fiducie-sûreté », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 39 : « *La fiducie-sûreté est une sûreté, on l'a bien compris [...] Toutefois, la fiducie-gestion a un rôle de garantie, quasiment toujours équivalent. Il y a très peu de différences entre fiducie-sûreté et fiducie-gestion au final. Dans les deux cas, les obligations du fiduciaire sont les mêmes. Dans les deux cas, on va bénéficier par rapport à la procédure collective du débiteur d'une sanctuarisation des actifs extrêmement efficace* ».

³ M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009. 670, n° 17. V. également R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007. 1359, F.-X. Lucas, « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles – Efficacité de la sûreté », art. précité, p. 34, ou encore F. Pérochon, « Le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives », *BJE* sept. 2019, p. 72 et s., n° 9.

⁴ F. Pérochon, « A propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.* 10 mars 2009, p. 3 et s., spé. n° 40 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP G* 2009. I. 110, n° 31. *Adde* C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 285, p. 278.

de recours en garantie à l'encontre du cédant¹. Sur ce point, le régime juridique applicable au cessionnaire Dailly ne s'écarte pas du principe appartenant au droit commun des garanties dans les procédures collectives, la déclaration de la créance garantie conditionnant la possibilité de recourir contre le cédant si le débiteur cédé ne parvenait pas à le désintéresser intégralement². La prudence devrait donc conduire les bénéficiaires de fiducies-sûretés à déclarer leurs créances³.

666. Autre chose est la question de savoir si l'opposabilité de la cession de créance elle-même doit être subordonnée à sa déclaration. Vu la position actuelle de la jurisprudence quant à l'opposabilité à la procédure de la cession de créance de droit commun, force est de constater qu'elle doit être automatique en matière de cession Dailly⁴, la justification trouvant son fondement, pour la majorité de la doctrine, dans la sortie du bien du patrimoine du cédant avant l'ouverture de la procédure collective⁵. On peut approuver la solution concrète sans être convaincu par un tel argument. Il nous semble effectivement que le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne devrait pas avoir à déclarer l'existence de sa sûreté dans la procédure collective de son débiteur. La déclaration a pour objectif, du point de vue du créancier, de manifester la volonté d'être payé au sein de la procédure, au moyen des distributions réalisées par ses organes au profit des différents créanciers. La sanction fulminée par l'article L. 622-26 du Code de commerce invite à se prononcer en ce sens⁶. Celle-ci, en cas de défaut de déclaration de la sûreté réelle, ne peut donc consister qu'en l'impossibilité de se prévaloir de sa garantie au

¹ Com., 30 juin 2015, n° 14-13784 : « *les cessions de créances ont été faites à titre de garantie de toutes sommes que les deux sociétés pourraient devoir à la banque et, si le cédant est garant solidaire du paiement de ces créances ainsi cédées, il n'y a pas une créance au titre de la créance garantie et une autre au titre de la garantie, c'est exactement que la cour d'appel en a déduit qu'il ne peut y avoir une déclaration au titre des créances objet de ces garanties et une autre au titre des créances cédées* ». V. également Com., 1^{er} mars 2016, n° 14-20275.

² La faculté appartenant aux créanciers fiduciaires de déclarer leurs créances est loin d'être anecdotique. Que l'on imagine la situation du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté du Code civil avec convention de mise à disposition. Si les biens affectés sont nécessaires à l'activité de l'entreprise, la paralysie de la réalisation de la sûreté peut durer tout au long de la période d'observation ainsi que du plan de continuation, soit onze ans et demi au total... Dans ces conditions, la participation à la procédure paraît indispensable, et ce notamment en raison de l'effet interruptif de prescription de la déclaration de créance, v. S. Farhi, th. précitée, n° 529, p. 386.

³ V., entre autres, J.-J. Ansault, « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *Dr. et Patr.* mai 2010, ou encore R. Dammann, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », art. précité.

⁴ V. Com., 9 juillet 2013, n° 11-27417 et 12-12102 pour l'opposabilité d'une cession de créance de droit commun nonobstant l'absence de déclaration de créance du cessionnaire.

⁵ En ce sens, déplorant cet état de fait, N. Borgia, th. précitée, n° 354 et s., p. 344 et s., ou encore « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *RDBF* mai 2009, étude 20, n° 6. Dans le cas précis de la cession Dailly, cette sortie des créances cédées du patrimoine du cédant se réclame de la combinaison des art. L. 313-24 et L. 313-27 CMF.

⁶ Art. L. 622-26, al. 1 C. com. : « *A défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes [...]* ».

sein des procédures de concours. Or, précisément, le créancier fiduciaire entend être désintéressé en dehors de tout concours, en raison de sa titularité d'un droit exclusif. L'opposabilité de sa fiducie-sûreté à la procédure par une mention dans la déclaration de créance ne conditionne alors absolument pas son efficacité. Il faut tirer les conséquences de ce que le constituant qui octroie une fiducie à son créancier affecte un ou plusieurs de ses biens exclusivement à son profit, sans faire reposer le raisonnement sur un prétendu transfert de propriété. En tant que sûreté exclusive, la fiducie-sûreté n'a pas à être mentionnée dans la déclaration de créance, cette obligation étant réservée aux titulaires de sûretés préférentielles, désintéressés par les répartitions et dividendes organisés par la procédure, c'est-à-dire au sein d'un concours¹. On peut trouver cette solution incohérente tant l'exclusivité attachée à la fiducie présente de similitudes avec la préférence caractérisant les sûretés traditionnelles... mais cette situation résulte de l'inconséquence d'un législateur donnant aux créanciers les moyens de contourner les obstacles qu'il place sur la route de leur paiement². Dans l'idéal, tous les créanciers devraient être soumis à la discipline collective, mais l'évolution vers un traitement identique de la préférence et de l'exclusivité ne peut se faire qu'en pratiquant une politique de petits pas.

667. Vers une restriction des droits du cessionnaire Dailly. Quoi qu'il en soit, l'affectation exclusive des biens donnés en fiducie suffit donc, aujourd'hui, à justifier l'absence de nécessité de déclarer les fiducies-sûretés dans la procédure collective du débiteur³. Il n'y a

¹ L'essentiel est de bien distinguer les deux droits de poursuite dont bénéficient les titulaires de droits exclusifs. S'ils agissent sur le fondement de leur garantie, ils se trouvent hors concours et n'ont pas à subir la concurrence des autres créanciers de leur débiteur. S'ils agissent sur le fondement de leur droit de gage général, que ce soit en raison de la paralysie de leur garantie ou pour obtenir le reliquat du montant de leur créance, ils ne peuvent concourir qu'à titre chirographaire. Leur garantie n'est donc jamais appelée à jouer un rôle quelconque dans le concours. En ce sens, le parallèle avec la réserve de propriété est exact : le droit exclusif ne peut conférer un rang préférentiel dans le concours (comp. Com., 15 octobre 2013, *Bull. civ. IV*, n° 153, n° 12-14944 et 13-10463. La même solution avait déjà été posée en matière de cession Dailly, v. Com., 20 février 2007, *Bull. civ. IV*, n° 48 [n° 05-20562]). La participation au concours se faisant nécessairement à titre chirographaire pour ces créanciers, la déclaration de la créance se suffit à elle-même.

² Sur tous ces points, v. *supra*, n° 62 et s.

³ L'on aboutirait alors à un traitement homogène des garanties exclusives. Le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté n'a pas à indiquer l'existence de sa sûreté dans sa déclaration de créance, tout comme le vendeur réservataire (v. *supra*, n° 107 et s.) ou le titulaire d'un droit de rétention autonome (Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141, p. 126 [n° 95-11915] ; Com., 16 juin 2015, [n° 13-27736]). A l'inverse, l'affectation préférentielle d'un bien à la garantie du paiement d'une créance ne peut dispenser son bénéficiaire de l'obligation de déclaration, la préférence devant nécessairement s'exercer au sein d'un concours. C'est ainsi que le titulaire d'un nantissement de créance, qui s'analyse initialement comme un gage sur créance amélioré (v. *supra*, n° 162 et s.), doit être soumis aux contraintes de la procédure collective. De même, lorsque le droit de rétention est conféré par une sûreté réelle préférentielle, son opposabilité à la procédure doit nécessairement passer par la déclaration de la créance et de la sûreté, v. Com., 1^{er} février 2000, n° 97-17772 : « ayant constaté que la banque avait omis de déclarer la sûreté dont elle était titulaire, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle ne pouvait ultérieurement faire état du droit de rétention, conséquence de cette sûreté ».

là qu'un droit exclusif conféré par le législateur par faveur aux établissements de crédit bénéficiaires. L'architecture de la cession Dailly est copiée sur celle des sûretés réelles les plus classiques, par la constitution d'une obligation réelle de garantir sa propre dette à la charge du constituant, sans aucun transfert de propriété. Si la nature de sûreté exclusive de la cession Dailly justifie l'absence de nécessité de sa mention au sein de la déclaration de créance du cessionnaire, certaines solutions peuvent toutefois être modifiées, afin de tirer parti de l'absence de droit de propriété du créancier sur les biens donnés en fiducie¹. Il faudrait par exemple revoir la règle selon laquelle l'ouverture de la procédure collective n'affecte pas les droits du cessionnaire. En effet, la jurisprudence considère que le fondement de cette immunité de la cession Dailly repose sur le transfert de propriété des créances cédées à la date apposée sur le bordereau². Toutefois, ce raisonnement ne tient plus si l'on considère que la cession Dailly se constitue par l'affectation, certes exclusive, des créances cédées qui demeurent dans le patrimoine du cédant : l'immunité tombe, et il faut alors réfléchir aux moyens concrets par lesquels le cessionnaire pourrait être soumis aux exigences de la procédure collective.

668. Dans le cas où la cession a bien été notifiée avant l'ouverture de la procédure, l'interdiction pure et simple de poursuivre le débiteur cédé ne semble pas constituer la bonne option³ : si les sommes ne pouvaient être recouvrées que par le cédant et affectées à son redressement, il y aurait là une expropriation du cessionnaire qui ne correspond pas du tout à l'esprit du compromis qu'il faut nécessairement instaurer entre l'efficacité des garanties et la poursuite du redressement du débiteur. Le cessionnaire doit donc être seul autorisé à poursuivre le cédé s'il ne s'exécute pas dans les délais prévus. Par ailleurs, la jurisprudence a conforté l'efficacité des droits du cessionnaire Dailly lorsque, malgré la notification de l'opération, le

Comp. toutefois, estimant que l'existence d'aucun droit de rétention ne devrait être déclarée, A. Ghazi, « Sur la dualité du droit de rétention », in *le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, spé. n° 18 et s., p. 727 et s.

¹ L'exclusivité n'est pas un bouclier permettant à son bénéficiaire d'échapper à toutes les conséquences de la procédure collective de son débiteur, v. *infra*, n° 695 et s., à propos de la fiducie-sûreté avec constitution d'un patrimoine d'affectation.

² Com., 7 décembre 2004, *Bull. civ. IV*, n° 213, p. 239 (n° 02-20732) : « même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date » ; Com., 22 novembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 230, p. 249 (n° 03-15669) : « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, qu'elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau et que, étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de celui-ci postérieurement à cette date » (c'est nous qui soulignons).

³ Il apparaît d'ailleurs délicat de lui trouver un fondement solide, v. D. Legeais, « L'avenir du « Dailly » », art. précité, n° 9 et s., p. 223 et s.

débiteur cédé a payé entre les mains du cédant. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a validé le raisonnement d'une cour d'appel condamnant le liquidateur à restituer au cessionnaire les « *sommes qu'il a indûment perçues postérieurement au jugement d'ouverture* »¹. C'est dire que le cessionnaire qui a notifié la cession se trouve dans une position véritablement inexpugnable.

669. En l'absence de notification de la sûreté au débiteur cédé, la situation est plus complexe. Le dénouement ne posera aucun problème lorsque le liquidateur, saisi d'une demande de restitution amiable par le cessionnaire invoquant sa qualité de propriétaire des fonds, s'exécutera. Toutefois, dans le cas d'un refus, quel serait le recours du cessionnaire ? Sa sûreté est certes opposable dès la date apposée sur le bordereau² et il semble possible de notifier la cession au débiteur cédé après l'ouverture de la procédure collective³, mais le raisonnement jurisprudentiel fondé sur le transfert de propriété risque de se heurter à un mur. En effet, d'une part, la Cour de cassation affirme régulièrement que l'efficacité absolue de la cession Dailly repose sur le transfert de propriété des actifs grevés, mais, par ailleurs, elle refuse systématiquement à ceux qui se prétendent propriétaire d'une somme d'argent de la revendiquer et ne considère ces « pseudo-propriétaires » que comme des créanciers⁴. Une alternative s'offre alors à elle : ou bien elle accepte d'assouplir cette dernière solution et considère que le cessionnaire Dailly est bien propriétaire des fonds produits par les créances cédées⁵, ou bien elle interdit la revendication et révèle par là même que le cessionnaire n'a toujours été qu'un créancier et non un propriétaire. Par un arrêt inédit – ce qui tempère sa portée – elle s'est prononcée en ce sens et a refusé au cessionnaire Dailly d'agir en revendication⁶. La solution tient parfaitement compte de la véritable nature des fiducies-sûretés, mais elle produit des conséquences excessives sur la situation des créanciers bénéficiaires, qui sont ainsi totalement privés de fonds qui sont pourtant affectés exclusivement à la garantie de leur créance. Une meilleure conciliation des intérêts des parties est toutefois possible si l'on accepte de traiter la

¹ Com., 22 mars 2017, n° 15-15361.

² Art. L. 313-27, al. 1 CMF.

³ CA Versailles, 13^e Chambre, 28 février 2013, n° 12/06573 : l'arrêt indique que la notification s'analyse comme une mesure d'information des débiteurs, qui ne constitue ni une mesure d'exécution forcée, ni la réalisation de la sûreté.

⁴ V., par ex., Com., 22 mai 2013, *Bull. civ. IV*, n° 87 (n° 11-23961). Pour des réflexions substantielles sur les risques encourus par le cessionnaire du fait de l'existence d'un mandat d'encaissement, v. J.-J. Ansault, « La cession Dailly dans la tourmente des procédures collectives », *Journ. Soc.* mars 2012, p. 20 et s.

⁵ V., favorable à cette évolution, L. Andreu, « Cession Dailly et procédures collectives », *RPC* nov.-déc. 2017, dossier 21, n° 18.

⁶ Com., 19 mai 2015, n° 13-25312 et 13-26586.

fiducie-sûreté conformément à sa nature, sans faire référence à un hypothétique transfert de propriété.

670. On pourrait ainsi tout à fait imaginer que le cessionnaire puisse exercer son droit exclusif pour percevoir les sommes issues des créances cédées, tout en lui imposant de participer au redressement de son partenaire en lui versant un pourcentage forfaitaire des fonds reçus¹. La distinction, déjà bien connue du droit des procédures civiles d'exécution², des biens meubles nécessitant une vente pour faire apparaître leur valeur et des créances de sommes d'argent pourrait justifier que le sort du cessionnaire Dailly constitue en quelque sorte le négatif de celui des titulaires de sûretés préférentielles spéciales. Là où ces derniers ne peuvent exercer directement leurs droits sur l'assiette de leur garantie et doivent se contenter d'agir sur la quote-part déterminée par le tribunal³, on pourrait laisser le cessionnaire Dailly agir pour recouvrer les créances et appréhender les sommes, déduction faite d'une quote-part fixée par le tribunal⁴. Dans le cas où le cessionnaire n'aurait pas pris la peine de notifier sa sûreté au débiteur cédé, les organes de la procédure collective du cédant seraient chargés du recouvrement et verseraient la somme due au cessionnaire, déduction faite du pourcentage précédemment évoqué. Cette atteinte au droit du cessionnaire serait conforme à la nature de la fiducie-sûreté, simple sûreté exclusive, permettrait d'augmenter les chances de redressement des entreprises en difficulté et renforcerait la cohérence du régime applicable à tous les titulaires de sûretés réelles, faisant ainsi apparaître le principe général selon lequel tous les créanciers de l'entreprise participent à « l'effort de guerre » nécessaire au maintien en vie de leur partenaire économique⁵. Elle pourrait

¹ V., déjà, N. Borga, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 26, p. 305.

² V. *supra*, n° 181.

³ V. *infra*, n° 696 et s.

⁴ La solution proposée peut se réclamer de l'esprit du premier jugement rendu dans l'affaire *Cœur Défense* par le tribunal de commerce de Paris le 19 octobre 2009. Les juges consulaires avaient en effet pris acte de l'engagement du cessionnaire Dailly de rétrocéder des fonds suffisants à l'entretien de l'immeuble du débiteur mis en procédure collective. M. Dammann en avait ainsi déduit que « l'affaire « Cœur Défense » permet de comprendre qu'il est important que la documentation de crédit prévoie un mécanisme permettant au débiteur de pouvoir faire face aux dépenses indispensables en dépit de la cession de créances futures par bordereau Dailly » (R. Dammann, « Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives », art. précité, n° 120, p. 100). V. également N. Borga, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 26, pp. 304-305.

⁵ L'effort consenti par les créanciers antérieurs peuvent être de deux ordres : la remise de dette ou le délai de paiement. Les titulaires d'un droit de propriété réservée se voient imposer des délais de paiement par l'obligation qui leur est faite de déclarer leurs créances antérieures, v. *supra*, n° 660. Le délai de paiement est en revanche peu adapté vis-à-vis du cessionnaire Dailly, une telle limitation de ses droits revenant à une stérilisation des fonds ne profitant à personne. Dans une telle situation, seule la remise de dette, matérialisée par la restitution d'un pourcentage des fonds reçus, serait à même de constituer une participation à l'effort de redressement du débiteur. Il faut d'ailleurs insister sur le fait que les créances de l'entreprise en difficulté constituent des

en outre être favorisée par l'observation du régime des procédures collectives de droit allemand, qui milite en faveur d'un prélèvement de l'ordre de 10% du montant des sommes recouvrées¹. Une telle solution serait nettement plus équitable que celle qui prévaut actuellement, par laquelle le cédant continue à exécuter ses prestations de services auprès du cédé alors que le cessionnaire en reçoit seul les bénéfices, et qui est de nature à pousser quelques administrateurs à refuser la continuation du contrat de base².

3 – Les garanties financières

671. L'immunité des garanties financières. Au sommet de la pyramide des avantages conférés aux bénéficiaires de sûretés réelles, certaines garanties permettent à leur titulaire de traverser la procédure collective de leur débiteur comme si sa situation n'avait pas évolué. Il ne s'agit pas d'une hyperbole : le régime applicable aux garanties des obligations financières et aux dépôts réalisés auprès des prestataires de services d'investissement autres que des sociétés de gestion de portefeuille ou des chambres de compensation en garantie de positions prises sur des instruments financiers exclut expressément l'application du Livre VI du Code de commerce³. Cela signifie concrètement que le bénéficiaire est certain que la constitution de sa

ressources dont la préservation est indispensable dans l'optique du redressement, v. R. Dammann et G. PODEUR, « Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *D.* 2007. 319 : « si l'ensemble des créances clients d'une entreprise sont affectées au paiement de créanciers antérieurs bénéficiaires de cessions de créances à titre de garantie, le financement de sa période d'observation se révèlera impossible, et la liquidation judiciaire ne pourra dès lors être évitée. A cet égard, il faut garder à l'esprit qu'en pratique le débiteur se trouve confronté à la rupture immédiate de son crédit fournisseur dès l'ouverture de la procédure. Compte tenu de l'importance de ce mode de financement pour les entreprises françaises, il ne peut alors, généralement, envisager la poursuite de son activité qu'en compensant ce « trou d'air » par la mobilisation de ses créances commerciales, ce qui sera naturellement impossible si celles-ci ont déjà été cédées à un tiers ».

¹ En Allemagne, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne peut revendiquer l'assiette de sa sûreté, mais son droit exclusif lui permet de percevoir le produit de sa vente, déduction faite de frais forfaitaires de 9% prélevés directement par le praticien de l'insolvabilité, v. R. Dammann et M. GuERMONPREZ, « Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2018. 1160. Pour le calcul conduisant à prélever 9% de la somme issue de la vente du bien grevé, v. F. TROCKELS, art. précité, p. 33 : « l'administrateur aura le droit, à l'avenir, de réaliser les biens mobiliers objets d'un droit de revendication. Le produit de la réalisation doit être remis aux créanciers dotés d'une sûreté. L'administrateur a cependant un droit de rétention d'une partie du produit de la réalisation au profit de la masse de l'insolvabilité parce que les créanciers dotés d'une sûreté doivent supporter les frais de la constatation et de la réalisation des sûretés (art. 170, al. 1 et 171, InsO). La constatation juridique et matérielle de l'état des sûretés par l'administrateur est rémunérée forfaitairement à raison de 4% du produit de sa réalisation. Pour les frais de la réalisation, le forfait est de 5%. Si les frais réels de la réalisation sont nettement plus élevés ou nettement plus faibles, le décompte des frais réels peut être demandé ». Dans le même ordre d'idées, le droit russe force le créancier gagiste à reverser 20% du produit de la vente de son gage à la procédure collective, v. P.-M. Le CORRE, « La récupération des avances de l'AGS à l'épreuve des autres créanciers », *RPC* mars-avril 2019, dossier 6, n° 8.

² M. CABRILLAC, obs. sous Com., 26 avril 2000, *RTD Com.* 2000. 994.

³ V. les art. L. 211-38 et L. 211-38-1 CMF pour les garanties financières (qu'il s'agisse de remises en pleine propriété ou de sûretés classiques constituées sur des instruments financiers, marchandises représentées par un reçu d'entreposage, effets, créances, contrats ou sommes d'argent en garantie d'obligations financières), ainsi que les art. L. 440-7 et L. 440-8 CMF pour les dépôts garantissant les positions prises sur des instruments financiers.

garantie ne peut pas être remise en cause par les règles de la procédure collective, qu'il dispose du droit de la réaliser librement malgré l'interdiction des paiements et des poursuites imposée aux autres créanciers¹ et que, réciproquement, seul le constituant, à l'exclusion de tous les autres créanciers du bénéficiaire de la garantie, peut prétendre exercer des droits sur l'assiette de ces sûretés si ce dernier était frappé par l'ouverture d'une procédure collective². Les biens qui forment l'objet d'une garantie financière ne sont donc pas affectés par l'effet réel de la procédure.

672. Encore faut-il déterminer précisément les contours de la notion d'obligation financière afin de circonscrire le domaine de ces garanties. Le Code monétaire et financier ne se prononçant pas clairement sur le sujet, il faut d'abord se référer à l'article 2. 1. f) de la directive « *Collateral* »³ qui les définit comme « *les obligations qui sont garanties par un contrat de garantie financière et qui donnent droit à un règlement en espèces et/ou à la livraison d'instruments financiers* ». Aucun de ces éléments ne s'avérant suffisant pour appréhender la nature de l'obligation financière, il faut ensuite se tourner vers l'article L. 211-36 du Code monétaire et financier qui énonce plusieurs situations dans lesquelles une obligation peut être qualifiée de « financière ». Parfois, le critère de qualification repose cumulativement sur la qualité d'une partie et sur la nature de l'opération donnant naissance à l'obligation. C'est ainsi que toute opération sur instruments financiers, lorsque l'une des parties est un professionnel du secteur financier ou une entité publique, donne naissance à des obligations financières selon le 1° de l'article précité. Dans les autres situations, le critère de qualification ne repose que sur la qualité des parties : l'obligation issue de tout contrat passé entre des professionnels du secteur financier ou des entités publiques – dites « personnes réglementées »⁴ –, ou de tout contrat conclu dans le cadre d'un système de règlements interbancaires, ou enfin de tout contrat passé

¹ Il faut également citer le mécanisme de résiliation-compensation (ou *netting*, prévu par les art. L. 211-36 et s., ainsi que L. 211-38 CMF) permettant à des parties à un contrat financier de compenser tant leurs obligations que leurs garanties financières en dérogeant à toutes les règles des procédures collectives telles que l'absence de déchéance du terme, la continuation des contrats en cours ou l'interdiction de la compensation sauf connexité entre les créances, v. J. Nader, *Les garanties réelles dérogatoires du Code monétaire et financier*, th. Strasbourg, 2012, n° 354 et s., p. 337 et s.

² Pour un panorama complet des dérogations dont bénéficient les titulaires de garanties financières, tant quant à la constitution qu'à la réalisation de leur sûreté, v. *ibid.*, n° 323 et s., p. 313 et s.

³ Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

⁴ Il s'agit des personnes visées à l'art. L. 211-36, I, 1° CMF, qui « *ont en commun d'être toutes assujetties d'une manière ou d'une autre à une réglementation prudentielle, c'est-à-dire à un corps de règles tendant à garantir leur liquidité, leur solvabilité et, de manière générale, l'équilibre de leur structure financière* » (A. Gaudemet, *Les dérivés*, préf. H. Synvet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, n° 548, p. 272).

entre des chambres de compensation, leurs adhérents et leurs clients auxquels ils fournissent un service de compensation est nécessairement financière. On comprend alors que les obligations financières méritent ce qualificatif en raison de leur appartenance au système financier, d'une part car elles ont pour parties au moins une entité règlementée, participant au système financier, d'autre part en raison de leur mise en jeu des infrastructures du système financier¹.

673. L'insertion des garanties des obligations financières au cœur du système financier explique leur traitement par le droit des procédures collectives. Il ne s'agit pas là d'une incohérence semblable à celle qui anime le régime de la cession Dailly. La ségrégation des actifs et la mise en œuvre des garanties financières hors de la procédure collective se justifie en droit financier pour deux raisons. La première, qui est historiquement la plus importante mais n'est plus exclusive aujourd'hui, porte sur la volonté d'éviter la réalisation du risque systémique, qui peut se définir non comme « *celui pris par un établissement bancaire ou financier du fait de la faillite d'un client, mais celui couru par l'ensemble de la communauté bancaire et financière lorsque la défaillance de l'un de ses membres peut s'étendre aux autres* »². Le but du traitement exceptionnel des garanties financières est donc d'éviter que la faillite d'un investisseur sur les marchés d'instruments financiers ne puisse se propager à ses cocontractants, puis à leurs propres cocontractants, et ainsi de suite, entraînant par un « *effet de domino* »³ des défaillances en cascade. En isolant l'assiette des garanties et en permettant aux constituants et aux bénéficiaires de réaliser leurs droits le moment venu, le législateur s'assure que la faillite d'un investisseur produira des conséquences limitées sur le système tout entier⁴.

¹ Pour une définition détaillée, v. A. Colin, *Les obligations financières*, th. Paris XIII, 2015, tel-01538517, n° 19 et s., p. 29 et s. Adde T. Bonneau, P. Pailler, A.-C. Rouaud, A. Tehrani et R. Vabres, *Droit financier*, LGDJ, 2^e éd., 2019, n° 1217 et s., p. 801 et s.

² J.-J. Daigre, « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », *RDBF* juill. 2005, alerte 4 ; v. également le rapport de la Commission bancaire pour 1991, cité par A. Gaudemet, th. précitée, n° 459, p. 226, qui le définit comme « *un risque de déséquilibre de sûreté est favorable aux tiers* » (S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. Ghazi, Revue Banque Édition, 2004, n° 57, p. 54), formule dont il faut préciser la portée. La sûreté financière ne s'analyse certainement pas comme un avantage consenti aux tiers, surtout en procédure collective, les actifs grevés étant retirés du gage commun des créanciers. Ce qu'il faut comprendre, c'est que les atteintes vigoureuses portées à l'égalité des créanciers en ce domaine sont contrebalancées par la protection des marchés financiers, la constitution de sûretés financières permettant de lutter contre le risque systémique et d'assurer la stabilité du système financier. Mais, à l'inverse, si la sûreté est constituée dans une situation qui ne risque pas de remettre en cause l'équilibre du système, son traitement dérogatoire ne devrait plus se justifier...

³ A. Gaudemet, th. précitée, n° 458, p. 225.

⁴ Pour de plus amples développements sur le sujet, v. not. V. Canu et B. de Saint Mars, « Intermédiation financière et droit des procédures collectives – Ou la nécessité de traiter spécifiquement certains contractants en matière financière », *RDBF* juill.-août 1998, p. 119 et s. C'est ainsi que l'on peut parfois lire que, si la constitution de la sûreté réelle est défavorable aux tiers, « *le droit boursier présume, au contraire, que la constitution de sûreté est favorable aux tiers* » (S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. Ghazi, Revue Banque Édition, 2004, n° 57, p. 54), formule dont il faut préciser la portée. La sûreté financière ne s'analyse certainement pas comme un avantage consenti aux tiers, surtout en procédure collective, les actifs grevés étant retirés du gage commun des créanciers. Ce qu'il faut comprendre, c'est que les atteintes vigoureuses portées à l'égalité des créanciers en ce domaine sont contrebalancées par la protection des marchés financiers, la constitution de sûretés financières permettant de lutter contre le risque systémique et d'assurer la stabilité du système financier. Mais, à l'inverse, si la sûreté est constituée dans une situation qui ne risque pas de remettre en cause l'équilibre du système, son traitement dérogatoire ne devrait plus se justifier...

674. La typologie des obligations financières joue un rôle important au stade de la réalisation des garanties financières¹. Il faut en effet distinguer le régime général de réalisation, applicable à toutes ces garanties, du régime spécial qui ne concerne que les obligations financières visées aux 2°, 3° et 4° de l'article L. 211-36 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire les obligations issues de tous contrats passés entre deux entités règlementées. Dans le premier cas, seul le mécanisme de résiliation-compensation est ouvert au créancier, alors que, dans la deuxième hypothèse, il est aussi possible de procéder, « *à des conditions normales de marché, par [...] appropriation ou vente* »². On peut toutefois regretter l'usage impropre de la notion de compensation pour caractériser une des techniques de réalisation des garanties financières. Il y a bien compensation dans le mécanisme du *netting* lorsqu'il s'agit de décrire l'opération de résiliation des contrats financiers donnant naissance à des obligations financières, le but étant de faire apparaître un solde global, seule créance exigible entre les parties³. En revanche, lorsque le *netting* inclut à la fois des obligations financières et des garanties financières, la condition de réciprocité de l'obligation monétaire du débiteur et de l'obligation de restitution du créancier ne sera jamais remplie, comme en matière de « gage-espèces »⁴.

675. La réalisation de ces garanties passe en réalité par la mise en œuvre de mécanismes bien connus. Lorsque le débiteur a remis l'assiette de la garantie en pleine propriété à son créancier ou a constitué une sûreté sur biens fongibles dont l'assiette se mélange avec les biens du créancier, le dénouement de l'opération est celui d'une fiducie, avec conversion de la propriété fiduciaire du créancier en propriété pleine et entière, soit la mise en œuvre du « pacte comissoire légal » intégré *ab initio* à l'architecture des fiducies⁵. Lorsque le constituant a consenti à octroyer à son cocontractant une sûreté non-fiduciaire avec dépossession, la défaillance du débiteur a pour conséquence l'extinction de l'obligation de restitution du créancier à hauteur du montant qui lui est dû, ce qui n'est pas autre chose que la réalisation d'un pacte comissoire classique, les parties s'étant entendues dès la conclusion de leur contrat sur

¹ Ce qui se vérifie également quant aux règles de constitution de la garantie, v. l'art. L. 211-38, II CMF.

² Art. L. 211-38, II, 3° CMF.

³ Sur le fonctionnement général du mécanisme de *netting*, v. A. Gaudemet, th. précitée, n° 464 et s., p. 228 et s., qui l'analyse comme la succession de trois opérations : la résiliation des contrats en cours, leur évaluation et la compensation des obligations qui en résultent.

⁴ V. *supra*, n° 242, ainsi que F. Auckenthaler, « Instruments financiers à terme ou contrats financiers », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 2050, avril 2017, n° 102.

⁵ V. *supra*, n° 97.

le transfert de la propriété d'un bien du constituant au créancier en cas de défaillance. Le droit financier valide donc la mise en oeuvre des pactes commissaires – ainsi que la réalisation des sûretés réelles traditionnelles par la vente des biens grevés – malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur défaillant pour prévenir le risque de système¹.

676. Vers une restriction des droits de certains bénéficiaires de garanties financières.

Il est toutefois des hypothèses dans lesquelles l'efficacité sans pareille des sûretés financières ne se justifie plus par la volonté de prévenir le risque systémique, notamment lorsqu'il est question des rapports entre les « personnes règlementées » ou « entités régulées » et les sociétés commerciales. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une telle société risque très rarement de conduire à des défaillances en cascade, de nature à mettre en danger la stabilité du système financier². Dans cette situation précise, le traitement des garanties financières est incohérent et met à mal les chances de redressement des entreprises en permettant aux titulaires de garanties d'échapper totalement à la réglementation du droit des procédures collectives sans que l'intérêt général n'y trouve son compte. C'est qu'une deuxième raison motive le traitement exceptionnel des garanties financières : l'attractivité internationale de la place de Paris. Lors de la transposition de la directive *Collateral* du 6 juin 2002, un choix avait été laissé aux législateurs nationaux quant à la définition des obligations financières, et la France a décidé d'adopter une acception large de la notion afin d'attirer les investisseurs³. La diminution des possibilités de redressement de l'entreprise qui en résulte a été plus d'une fois mise en lumière⁴, le titulaire d'une garantie financière bénéficiant ainsi d'un avantage extraordinaire, qui le fait échapper tant à la discipline collective applicable à tout créancier qu'aux règles visant

¹ Rappr., établissant un parallèle entre les modes de réalisation de la fiducie-sûreté du Code civil et ceux des garanties financières, F. Barrière, « Fiducie-sûreté nommée et sûretés de la directive collatérale », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 62.

² J.-J. Daigre, « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », art. précité ; A. Gaudemet, th. précitée, n° 560 et s., p. 278 et s.

³ A. Colin, th. précitée, n° 10, p. 15 ; A. Gaudemet, th. précitée, n° 565 et s., p. 281 et s.

⁴ C. Boillot, « Droit bancaire et financier et droit des procédures collectives : exception ou contradiction ? », *D.* 2003. 2741, n° 26 et s. ; J.-J. Daigre, « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », art. précité ; A. Gaudemet, th. précitée, *loc. cit.* ; H. Synvet, préface à la thèse d'A. Gaudemet, p. VI : « *Un apport majeur de la thèse de M. Gaudemet est de montrer que le droit positif va au-delà de ce que justifie une politique de cantonnement du risque systémique. Les institutions financières utilisent la technique de la garantie financière dans des hypothèses où il s'agit seulement pour elles de se soustraire au principe de l'égalité des créanciers. Et le législateur français, dans un contexte de concurrence internationale, s'incline parfois. On peut le regretter.* ».

spécifiquement l'élimination ou la neutralisation du droit de gage spécial des titulaires de sûretés réelles.

677. Il n'est pas possible de se satisfaire d'une telle situation. Que les garanties financières permettent à leurs bénéficiaires, participants au système financier, d'être payés malgré la défaillance de leur partenaire pour prévenir le risque de faillites en cascade, cela se comprend aisément. En revanche, on ne comprend plus cette faveur lorsqu'un professionnel du secteur financier entend se prévaloir de cette qualité aux seules fins d'être payé avant les autres créanciers d'une société commerciale en difficulté. La première innovation devrait donc consister en l'établissement d'une distinction entre les grandes sociétés commerciales, dont les engagements financiers peuvent avoir un impact sur la stabilité du système financier, et les sociétés de petite et moyenne taille. Sur le modèle de certaines lois étrangères de transposition de la directive *Collateral*, un seuil devrait être défini au moyen de plusieurs critères – chiffre d'affaires, nombre de salariés, etc. – et le régime de faveur ne devrait s'appliquer qu'aux garanties couvrant les engagements pris par les sociétés de taille importante envers les entités réglementées¹. L'article L. 211-38, II du Code monétaire et financier institue d'ores et déjà un système à deux vitesses, les garanties financières conclues entre entités règlementées bénéficiant de règles de constitution et d'opposabilité largement assouplies et d'un panel de modes de réalisation élargi par rapport aux garanties conclues entre une entité règlementée et une société commerciale. Seules les garanties financières jouant véritablement un rôle dans la prévention du risque systémique bénéficient du régime le plus protecteur. Ne serait-il pas possible d'amplifier les effets de cette distinction en les étendant aux effets des garanties financières en procédure collective ?

678. Le droit commun aurait ainsi vocation à imposer ses règles à la réalisation des garanties financières couvrant les engagements des sociétés de taille moyenne et inférieure. On l'a vu, la « compensation » des garanties financières avec les obligations financières s'analyse

¹ En ce sens, A. Gaudemet, th. précitée, n° 560 et s., p. 278 et s., citant notamment les lois tchèque et slovène. Le législateur pourrait, par exemple, utiliser les seuils définis à l'art. R. 626-52 C. com. pour la mise en place des comités de créanciers : 150 salariés et 20 millions d'euros de chiffres d'affaires. Il était ainsi initialement prévu de limiter le bénéfice du dispositif prévu par la directive « *Collateral* » aux personnes morales disposant d'un bilan supérieur à 100 millions d'euros, v. H. de Vauplane, « Cadre juridique des garanties financières », *RDBF* janv. 2007, dossier 2, n° 16.

en réalité comme la mise en œuvre d'un pacte comissoire. Les garanties financières constituées par des remises en pleine propriété, les sûretés sur choses fongibles se mélangeant avec des choses semblables entre les mains du créancier et celles conférant un droit de rétention matériel devraient donc suivre le régime de la fiducie-sûreté et du droit de rétention. L'assiette étant remise au bénéficiaire, les règles actuelles de la procédure collective sont impuissantes à diminuer l'efficacité de telles garanties, et l'on pourrait proposer de soumettre leurs bénéficiaires, à l'avenir, à un prélèvement équivalent approximativement à 10% du produit de leur réalisation, à la manière de ce que nous proposons en matière de fiducies-sûretés « avec dépossession »¹. Un tel écrêtement des prérogatives du créancier n'aurait aucun inconvénient du point de vue de la stabilité du système financier, la défaillance du débiteur n'ayant ici pas d'influence sur la réalisation du risque systémique vu son faible poids dans l'économie. Toutes les autres sûretés constituées par des PME pour garantir des obligations financières pourraient en revanche voir leur réalisation totalement paralysée sur le fondement de la prohibition de la mise en œuvre du pacte comissoire énoncée par l'article L. 622-7 du Code de commerce. Il est alors très peu probable que les parties décident de contracter de telles sûretés. Une telle évolution est cependant souhaitable car elle permettrait d'aligner le traitement des titulaires de garanties financières sur celui des autres bénéficiaires de garanties réelles lorsque le risque systémique n'est pas en jeu et faciliterait ainsi le redressement des petites et moyennes entreprises, sans pour autant nuire trop sévèrement à l'attractivité de la place de Paris. Toutefois, à ce stade, seule la moitié du chemin serait parcourue : il faut encore travailler à l'accroissement de la soumission des titulaires de droits exclusifs à la discipline collective propre aux titulaires de sûretés réelles.

§2) La neutralisation du droit de gage spécial des titulaires de sûretés réelles

679. Plan. Comme tout créancier, le titulaire d'une sûreté réelle dispose d'un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur qui doit être neutralisé pour permettre son redressement. Ce n'est toutefois pas suffisant. Le bénéficiaire d'une sûreté réelle est également

¹ Sur ce pourcentage, v. *supra*, n° 670.

titulaire d'un droit de gage spécial renforçant ses chances d'être payé par l'affectation préférentielle ou exclusive d'un ou plusieurs biens du débiteur à la garantie de sa créance. Ce droit de poursuite doit lui aussi être paralysé afin de favoriser le redressement du débiteur¹. Deux modalités sont alors employées par le droit des procédures collectives. L'existence même de la sûreté peut être remise en cause, c'est-à-dire qu'elle peut être annulée en cas d'obtention d'un avantage indu ou rendue inopposable en cas de négligence du créancier (**A**).

Il est aussi possible de paralyser le droit au paiement du créancier. En temps normal, dès l'échéance de sa créance et en cas de défaut de paiement, le créancier peut mettre en œuvre sa sûreté pour être rempli de ses droits en faisant abstraction de la mauvaise grâce de son débiteur. Les solutions retenues par le droit des entreprises en difficulté sont beaucoup plus fines. S'agissant d'un droit finaliste, tout entier dirigé vers le sauvetage du débiteur, le paiement est subordonné à la satisfaction d'un critère téléologique et n'est ainsi permis que lorsqu'il facilite le sauvetage du débiteur. C'est qu'au travers de la distinction entre les sûretés avec dépossession qui facilitent le paiement et les sûretés sans dépossession qui sont neutralisées, est visée la *summa divisio* des biens nécessaires au redressement et de ceux qui ne le sont pas (**B**).

A) La remise en cause de l'existence de la sûreté

680. La soumission aux nullités de la période suspecte. La soumission des titulaires de sûretés réelles aux nullités de la période suspecte doit s'analyser au regard de leur fondement. Servant jadis à protéger la « masse des créanciers » d'un acte frauduleux passé par l'un de ses membres, ces nullités ont aujourd'hui pour but la reconstitution du gage commun des créanciers et profitent ainsi au débiteur lui-même². Il s'agit en effet d'éviter qu'entre la date de cessation des paiements et le jour du jugement d'ouverture de la procédure collective³, le débiteur aux abois consente des avantages indus à certains de ses créanciers antérieurs ou organise frauduleusement son insolvabilité. Cela irait à l'encontre du principe de l'égalité des créanciers,

¹ La cristallisation de la situation des créanciers antérieurs au jour du jugement d'ouverture de la procédure se manifeste notamment à travers l'interdiction de se faire consentir une nouvelle sûreté en période d'observation pour garantir une créance antérieure, v. Com., 3 avril 2019, n° 18-11281 : « le gage-espèces constitué postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ne pouvait avoir pour objet de garantir, au mépris de l'égalité entre créanciers, une créance antérieure ».

² P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10^e éd., 2018, n° 821.111, p. 2839.

³ Qui ne peut consister qu'en un redressement ou une liquidation judiciaires.

qui se manifeste ici par la cristallisation de la situation des créanciers antérieurs : les prérogatives dont ils disposent pour le recouvrement de leurs créances sont définitivement fixées au jour de la cessation des paiements¹. Il est important de souligner que l'impossibilité pour le titulaire d'une sûreté réelle garantissant le paiement d'une créance antérieure de solliciter un renforcement de ses droits après la cessation des paiements est générale : les titulaires de fiducies-sûretés avec patrimoine d'affectation y sont tout autant soumis que les titulaires de sûretés réelles préférentielles. Seules les fiducies-sûretés hors du Code civil y sont soustraites².

681. L'article L. 632-1, I, 6° du Code de commerce prévoit ainsi la nullité de toutes les hypothèques, ainsi que de tous les nantissements et gages constitués sur des biens du débiteur pour garantir une créance antérieure. La règle se comprend aisément : si la dette a été « *antérieurement contractée* », c'est que le créancier a d'ores et déjà octroyé un crédit à son débiteur³. Dès lors, la constitution d'une sûreté réelle après la date de cessation des paiements

¹ Une exception notable doit toutefois être soulignée. Les créanciers qui ont obtenu une sûreté réelle après la date de cessation des paiements de leur débiteur et qui participent à un accord de conciliation homologué ne peuvent voir leurs droits remis en cause. En effet, aux termes de l'art. L. 631-8, al. 2 C. com., la date de cessation des paiements du débiteur ne peut être reportée au-delà de la date d'un tel accord. Les droits des créanciers participant à l'accord sont ainsi « sanctuarisés » et mis à l'abri de l'annulation sur le fondement des art. L. 632-1 et L. 632-2 C. com., dans l'optique d'inciter à recourir à la procédure de conciliation et donc de traiter les difficultés des entreprises le plus tôt possible.

² V. *infra*, n° 684 et s.

³ Longtemps, la question de savoir ce qu'était une dette antérieure en présence d'un compte courant n'a reçu que des réponses temporaires. Alors que, sous l'empire de la théorie de l'indivisibilité du compte courant, les juges considéraient que la sûreté constituée en période suspecte pour garantir le paiement du solde du compte était valable, faute de créance existant avant la clôture dudit compte, la jurisprudence en est venue à s'attacher aux mouvements réels du compte courant (v., déjà, M. Desaint, *L'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant*, th. Paris, Sirey, 1938, p. 144 et s.) – après un intermède au cours duquel les juges estimaient qu'il fallait comparer le montant du solde du compte au montant pour lequel la sûreté était consentie. La Cour de cassation procède désormais à l'examen de la volonté des parties : si elles ont entendu constituer la sûreté afin de garantir une créance postérieure, ce qui se manifeste par le fait que la banque consente des avances une fois la garantie constituée, alors cette dernière doit échapper à la nullité de l'art. L. 632-1 C. com., v. Com., 11 février 1970, *Bull. civ.* IV, n° 55, p. 53 (n° 67-13398) : « *Attendu qu'en décidant ainsi au seul motif que, lors de la constitution de chacune des sûretés, le solde débiteur du compte de Mourières était supérieur au montant de la somme garantie par l'hypothèque, sans rechercher si une dette concomitante ou postérieure à la constitution de la sûreté avait pris naissance avant la clôture du compte sous la forme d'une nouvelle avance de la part de la Caisse régionale de crédit agricole, ce qui aurait eu pour effet de rendre la sûreté opposable à la masse, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». A l'inverse, s'il ne s'agit que d'une fraude aux droits des autres créanciers, les mouvements du compte démontrant que la banque n'a pas consenti de remises postérieures, la nullité doit être prononcée, v. Com., 10 janvier 1983, *Bull. civ.* IV, n° 7 (n° 81-15389) : « *la cour d'appel, après avoir retracé l'évolution du compte en question depuis la constitution de la sûreté jusqu'à sa clôture, a retenu que, bien que ce compte ait cessé deux fois d'être à découvert, il était établi que, pendant le laps de temps considéré, la banque n'avait pas accordé de nouvelles avances à la société Coder, en entérinant les conclusions des experts qui faisaient ressortir que la position temporaire créditrice de cette société était due à des opérations antérieures en cours de dénouement ou renouvelables, elle a ainsi légalement justifié sa décision* ». Sur les différentes étapes de cette jurisprudence, v. A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *op. cit.*, n° 593, p. 370, ou encore C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 1170, p. 770 et s. La solution actuelle est parfaitement fondée : si la banque effectue des avances en compte courant après la constitution de la sûreté, celle-ci garantit donc des créances futures (v. not. S. Epshtein, « Les garanties du compte courant et la faillite », *Banque* 1957, p. 134 et s.). Rapp. M.-T. Rives-Langes, « Le sort des sûretés consenties en période suspecte pour garantir le solde d'un compte courant en cours de fonctionnement », in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry*

ne pourrait trouver sa cause que dans la volonté d'avantager l'un des créanciers au détriment de tous les autres, ce qui est formellement interdit, faute d'actif suffisant pour les désintéresser tous. En revanche, il est tout à fait permis de consentir un nouveau crédit au débiteur au cours de la période suspecte et de solliciter l'octroi d'une sûreté en contrepartie, l'apport de nouveaux fonds ou de services bénéficiant à la collectivité des créanciers. Seule la date de constitution de la sûreté doit être prise en considération, à l'exclusion de sa date d'inscription, ce qui est lourd de conséquences¹. Reste que la seule affectation de biens à la garantie d'une créance antérieure n'emporte pas systématiquement le jeu de la nullité : il faut en effet réserver le cas de la substitution d'une sûreté nouvelle à une sûreté constituée antérieurement à la date de cessation des paiements du débiteur. Cette substitution peut prendre plusieurs formes, étant donné que la jurisprudence valide tant le remplacement d'une sûreté ancienne par une sûreté nouvelle² qu'une modification d'assiette³, la validité de la substitution n'étant subordonnée qu'à la condition que la sûreté nouvelle ne confère pas de droits plus énergiques que la sûreté d'origine à son bénéficiaire. Si la substitution est neutre pour les autres créanciers, elle ne contrevient pas au principe d'égalité et ne doit donc pas être remise en cause⁴.

682. De la même manière, le 9° de l'article précité annule les fiducies-sûretés avec patrimoine d'affectation constituées en période suspecte « *à moins que [le] transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée* », ce qui revient à dire exactement la même chose qu'en matière de sûretés réelles classiques : l'octroi d'un avantage

Cabrillac, Librairies techniques, 1968, n° 13, p. 432 : « *C'est donc bien au moment de la clôture qu'il convient de se placer pour apprécier l'opposabilité de la sûreté, car c'est seulement à ce moment que l'on pourra connaître l'atteinte portée à la règle d'égalité. Tout dépend en effet des fluctuations du solde postérieures à la constitution. Si le solde est demeuré constant, ou n'a cessé de diminuer, c'est à une dette préexistante que s'applique la sûreté : elle doit être déclarée inopposable pour le tout. Mais s'il a augmenté, seule une ventilation à l'intérieur du compte permettra de déterminer la portion de dette préexistante qui demeure dans le solde final et qui ne peut bénéficier de la sûreté, et la portion de dette nouvelle qui peut être valablement garantie* ».

¹ V. not., à propos d'une hypothèque judiciaire, Com., 25 octobre 1994, n° 91-14539 : seule la date du jugement de condamnation doit être prise en considération. Il faut toutefois noter que l'autorité de chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance à titre privilégié permet de tenir en échec la nullité de la sûreté judiciaire constatée postérieurement, v. Com., 19 décembre 2018, n° 17-19309.

² Com., 20 janvier 1998, *Bull. civ.* IV, n° 28, p. 20 (n° 95-16402), validant une convention de « translation d'hypothèque » aux termes de laquelle un privilège de prêteur de deniers et une hypothèque conventionnelle ont été remplacés par une autre hypothèque conventionnelle constituée en période suspecte, car cette sûreté « *n'était supérieure, ni dans sa nature, ni dans son étendue, aux sûretés auxquelles elle avait été substituée* ».

³ Com., 27 septembre 2016, n° 15-10421 ; *RPC* mars-avril 2017, comm. 31, A. Aynès, cassant la décision d'appel pour manque de base légale, les juges du second degré s'étant abstenus de rechercher si « *la substitution opérée le 19 février 2009 avait conféré à la société Natixis un gage supérieur, dans sa nature et dans son assiette, à celui initialement consenti* ».

⁴ A. Aynès, comm. précité : « *ce que les nullités de la période suspecte stigmatisent, ce sont les actes d'appauvrissement accomplis par un débiteur aux abois rompant l'égalité entre les créanciers. Il n'y a rien de tel lorsque la substitution ne donne pas au créancier gagiste plus de droits qu'il n'en avait avant elle. Le débiteur constituant n'est pas appauvri et le créancier n'est pas favorisé par rapport aux autres : patrimoniallement, ils demeurent dans la même situation* ».

au profit d'un créancier par un débiteur aux abois se fait au détriment de tous les autres, ce qui justifie son annulation. Cette solution est parfaitement logique car, tout comme l'amélioration outrancière du sort des bénéficiaires de fiducies-sûretés par rapport au traitement des titulaires de sûretés réelles classiques jure avec les finalités du droit des procédures collectives, le traitement plus difficile réservé initialement à la fiducie-sûreté était incohérent¹. L'atteinte portée à l'égalité des créanciers par la constitution de toute sûreté réelle étant similaire, les nullités de la période suspecte doivent toutes les traiter de manière identique. La règle posée par le 10° du même article mérite donc également l'approbation, fulminant sa sanction à l'encontre des avenants permettant de garantir des créances antérieures par une fiducie-sûreté d'ores et déjà constituée².

683. De manière bien plus large, l'article L. 632-2 du Code de commerce prévoit la nullité facultative de tous « *les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date [de cessation des paiements] si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements* ». Ainsi, comme le texte l'indique, le juge peut prononcer la nullité d'une large variété d'actes, sans avoir à s'interroger sur l'existence d'un préjudice subi par l'entreprise. Seule compte la connaissance effective par le cocontractant de ce que l'actif disponible du débiteur était insuffisant pour faire face à son passif exigible au jour où l'acte a été passé. Il ne fait aucun doute que les sûretés réelles en général font partie des actes annulables³. Le système étant très cohérent, on ne peut que déplorer que les fiducies-sûretés sans patrimoine d'affectation bénéficient d'un traitement dérogatoire extrêmement favorable, sans justification réelle.

684. L'immunité contestable de la cession Dailly aux nullités de la période suspecte.
Encore une fois, le traitement dérogatoire des fiducies-sûretés sans patrimoine d'affectation

¹ V. P. M. Le Corre, *op. cit.*, n° 823.911, p. 2877.

² De même, la constitution d'une hypothèque par la conclusion d'une convention de rechargement ne devrait pas être permise. Les créanciers pourraient certes prétendre que l'hypothèque n'est pas réellement « conclue » à cette date, l'inscription de la recharge rétroagissant à la date de l'inscription initiale, qui peut avoir été effectuée avant l'ouverture de la procédure collective. Un tel raisonnement serait pourtant bien trop artificiel : l'existence de l'hypothèque rechargeable est largement détachée de l'existence des créances garanties, tant et si bien qu'elle peut demeurer en l'absence de créance à garantir. Conclure une convention de rechargement au cours de la période suspecte pour garantir une dette antérieure, c'est chercher à se ménager un accès privilégié au gage commun des créanciers, malgré son insuffisance pour les désintéresser tous et sans consentir de nouveau crédit au débiteur en difficulté. Il faut donc sanctionner cette fraude par la mise en œuvre des nullités de la période suspecte. En ce sens, Ph. Théry, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et Patr.* mai 2007.

³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n. 427, p. 776.

sera examiné par le prisme de la cession de créances professionnelles à titre de garantie. La cession Dailly consentie entre la date de cessation des paiements du débiteur et le jour du jugement d'ouverture de la procédure bénéficie d'une immunité quasi-totale aux nullités de la période suspecte. Elle ne rentre en effet dans aucune des « cases » prévues pour neutraliser l'efficacité des sûretés réelles consenties pour garantir des dettes antérieures au mépris de l'égalité entre créanciers. Elle échappe tout d'abord à la nullité édictée par l'article L. 632-1, I, 9° du Code de commerce du fait de l'absence de constitution d'un patrimoine fiduciaire. La jurisprudence lui permet en outre de ne pas tomber sous le coup des 4° et 6° du même article, motif pris de ce que la cession Dailly n'est pas une sûreté visée par le texte, le transfert de propriété de la créance impliquant « *qu'une telle cession n'est pas une constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur* »¹ et parce qu'il « *ne constitue pas le paiement de la créance garantie* » en raison de la restitution du droit cédé en cas d'exécution de ses obligations à l'échéance par le cédant². A la rigueur, on pourrait imaginer soumettre ce mécanisme à la nullité facultative fulminée à l'encontre des actes onéreux passés en période suspecte avec un cocontractant informé de l'existence de l'état de cessation des paiements du débiteur, mais il est bien plus complexe d'en rapporter la preuve³.

685. La ficelle est un peu grosse : le transfert de propriété fait échapper la cession Dailly à la qualification de sûreté, mais il n'est pas suffisamment prononcé pour qu'il s'agisse d'un paiement. On retrouve encore une fois le « *raisonnement de la chauve-souris* », qui conduit à attribuer alternativement des qualifications différentes à un seul mécanisme afin de le rendre efficace en toutes circonstances, au détriment de la cohérence des concepts⁴. La position jurisprudentielle convainc d'autant moins qu'il est établi que le transfert de propriété sur lequel se fonde la cession aux fins de garantie n'en est pas vraiment un⁵. Dès lors, même si le texte de l'article L. 632-1, I, 6° du Code de commerce ne vise pas spécifiquement les fiducies-sûretés

¹ Com., 28 mai 1996, *Bull. civ.* IV, n° 151, p. 131 (n° 94-10361) ; *RTD Com.* 1996. 508, obs. M. Cabrillac. V., très favorable à un traitement distinct de la cession de créance à titre de garantie et des sûretés préférentielles, M. Jeantin, « La cession de créance en période suspecte », *D.* 1980. chron. XLII, n° 11, p. 310 : « *il ne paraît pas possible de considérer que l'opération réalise une constitution de sûreté en période suspecte pour garantir une dette antérieurement contractée. Si l'opération est une cession de créance, elle implique un transfert immédiat de la propriété des créances transmises, ce qui ne saurait être assimilé à un nantissement de créances* ».

² Com., 22 mars 2017, n° 15-15361.

³ En ce sens, L. Dreyfuss, « La cession Dailly à titre de garantie, une opération à l'épreuve des procédures collectives ? », *RTD Com.* 2018. 869, n° 31.

⁴ Sur ce raisonnement en matière de clause de réserve de propriété et de cautionnement réel, v. *supra*, n° 93, 143 et 397.

⁵ Ce qui est d'ailleurs le cas dans toutes les hypothèses de fiducie-sûreté, v. *supra*, n° 70 et s.

innommées, il semblerait judicieux que les juges y soumettent les cessionnaires Dailly qui bénéficient d'une affectation de biens du débiteur rompant l'égalité avec les autres créanciers pour faciliter le paiement d'une créance antérieure. La solution inverse aboutit à un résultat bien trop commode et totalement incohérent : pourquoi un créancier ne pourrait-il acquérir un droit de préférence sur un bien de son débiteur, ce qui n'empêche pas le redressement de l'entreprise, alors qu'il est autorisé à vider son patrimoine d'une partie de sa substance en acquérant un droit exclusif sur ses créances¹ ? La créance est un bien qui a une valeur patrimoniale ; le droit exclusif conféré par la cession Dailly rompt l'égalité entre les créanciers antérieurs du cédant en permettant à l'un d'entre eux de bénéficier d'un avantage sans consentir de nouvelle avance au débiteur ; il faudrait donc faire prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre² et annuler toutes les sûretés consenties en période suspecte pour garantir des dettes antérieures, ceci dans le plus pur respect de la discipline collective imposée par les règles de la procédure³. L'on verrait ainsi apparaître « un principe général, élément du droit commun des sûretés réelles, selon lequel le créancier ne peut valablement assortir pendant la période suspecte sa créance d'une sûreté réelle dont elle ne bénéficiait pas jusque-là »⁴. Ce serait un pas en avant vers l'amélioration de

¹ Un projet de réforme du droit des procédures collective prévoyait d'ailleurs la soumission de la cession Dailly à titre de garantie aux nullités facultatives de la période suspecte : « certains créanciers, dont les droits sont antérieurs à l'ouverture de la procédure collective, disposent d'une situation privilégiée sur un état de cessation des paiements avéré et parviennent à obtenir le paiement de leurs créances ou à obtenir des garanties, au préjudice des créanciers et de la trésorerie de la période d'observation, en anticipant l'ouverture de la procédure collective. Ils mettent ainsi en péril le sauvetage des emplois et de l'outil industriel. Pour remédier à cet état de fait et garantir l'égalité des armes dont disposent les créanciers, les cas de nullité des actes passés en période suspecte seront étendus » (travaux préparatoires cités par. D. Legeais, « L'avenir du « Dailly » », art. précité, n° 26, p. 230). Rappr. A. Aynès, « Les causes classiques de préférence : l'égalité respectée ? Le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés réelles », *BJE* nov. 2019, n° 15 : « on peut évoquer, au titre des règles inégalitaires, car appliquées distinctement à des créanciers placés dans des situations comparables, celles relatives aux nullités de la période suspecte. En raison de la construction par strates successives de l'article L. 632-1 du Code de commerce, certaines sûretés échappent à la nullité frappant de plein droit celles constituées en garantie de créances antérieures. C'est le cas de la cession Dailly, notamment. Pourtant le fondement de la règle commande de l'appliquer, quelle que soit la sûreté considérée ».

² Dans le sens d'une interprétation large du texte l'étendant à la cession Dailly, v. C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, n° 42, p. 559, ou encore M. Raynaud-Contamine, « Cession de créance en période suspecte », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 449 : « la cession de créance est le plus souvent constitutive d'une sûreté et en ce cas, la condition de sa validité est qu'elle soit antérieure ou concomitante à l'ouverture du crédit ». *Contra*, estimant que le texte est mal rédigé mais qu'il est impossible de l'interpréter différemment, J. Vallansan, P. Cagnoli, L. Fin-Langer, *op. cit.*, p. 338.

³ En ce sens, L. Dreyfuss, « La cession Dailly à titre de garantie, une opération à l'épreuve des procédures collectives ? », art. précité, n° 28 et s., parlant de « sûreté camouflée ».

⁴ M. Cabrillac, *obs. précitées*.

la cohérence du traitement des sûretés réelles en procédure collective¹. Il serait également possible au législateur d'édicter un texte visant « les sûretés réelles » en général².

686. La réduction ou l'annulation des sûretés disproportionnées. Avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, les conditions de mise en jeu de la responsabilité des créanciers pour l'octroi de concours fautifs en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de leur débiteur étaient bien connues. En application de l'ancien article 1382 du Code civil, la jurisprudence exigeait que le débiteur démontre avoir subi un préjudice – une aggravation de son insuffisance d'actif³ – causée par la faute de son créancier. Cette faute était conçue de façon suffisamment étroite pour que les créanciers se trouvent assez largement à l'abri de telles actions, les juges ne retenant que l'octroi du concours ayant causé la ruine du débiteur ou le soutien artificiel à une entreprise dont la situation était d'ores et déjà irrémédiablement compromise⁴.

687. La loi de sauvegarde n'a pas fait disparaître cette construction jurisprudentielle mais a rendu le système plus complexe en instaurant un mécanisme à double détente. Dans un premier temps, comme l'indique l'article L. 650-1 du Code de commerce, le débiteur est tenu de démontrer l'existence d'un cas d'ouverture à responsabilité – la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la disproportion des garanties prises aux concours consentis. Dans un second temps, les anciennes règles jurisprudentielles trouvent à s'appliquer car il est nécessaire de rapporter la preuve de l'existence des conditions d'engagement de la responsabilité du créancier⁵. Le but avoué de la réforme était ainsi de poser un principe d'irresponsabilité des partenaires de l'entreprise du fait des concours consentis, ce qui aurait dû

¹ Pour rendre ce dispositif véritablement efficace, il faudrait également condamner certains « coups du râteau » réalisés par le biais d'une convention-cadre organisant les cessions de créances professionnelles à venir entre l'établissement de crédit et son client, qui peuvent lui permettre de contourner les effets de la cessation des paiements du débiteur, v. not. Com., 20 février 1996, *Bull. civ. IV*, n° 56, p. 44 (n° 94-10156). Certains ont ainsi imaginé que seules les cessions prises en exécution automatique de la convention-cadre pourraient échapper à la sanction. En ce sens, R. Dammann, « Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives », art. précité, n° 216, p. 171.

² Le droit OHADA a suivi cette voie, à l'art. 68, 5° de l'AUPC du 10 septembre 2015. Cette innovation a été qualifiée d'« avancée significative » en doctrine, ce qu'il faut pleinement approuver (v. R. Akono Adam, art. précité, n° 21, p. 16). Un auteur français a été sensible à cette évolution, trouvant la solution retenue actuellement par notre droit « peu logique » (P. Crocq, « Des créanciers et contractants mieux protégés », *Dr. et Patr.* déc. 2015).

³ Com., 22 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 67, p. 70 (n° 03-12922) : « l'établissement de crédit qui a fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective de son client n'est tenu de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer ».

⁴ *Ibid.*

⁵ Com., 27 mars 2012, n° 11-13536.

les inciter à faire davantage crédit au débiteur en difficulté. Mais l'enfer juridique est pavé de bonnes intentions législatives, et la nouveauté du système a surtout conduit les créanciers à s'interroger sur la portée de l'innovation¹. Tout dépendait en réalité de l'interprétation donnée par la jurisprudence des exceptions au principe d'irresponsabilité : si elle les avait conçues largement, un contentieux sans fin serait né. L'inquiétude s'accroissait également en raison de la sanction complémentaire prévue à l'alinéa 2 de l'article précité : avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'engagement de la responsabilité du créancier s'accompagnait automatiquement de l'annulation des garanties consenties².

688. Il n'en a rien été, notamment en ce qui concerne l'appréciation de la disproportion des garanties. Les juridictions du fond répugnent à la caractériser, tant et si bien que, depuis l'entrée en vigueur du texte au 1^{er} janvier 2006, on ne dénombre que deux décisions de cours d'appel l'ayant retenue³, l'une des deux ayant été cassée par la suite⁴. C'est la preuve que le cumul de sûretés n'est pas mal vu par les juridictions. La protection efficace du créancier passe nécessairement par le surdimensionnement des garanties, ce qui implique la validité de principe du montage consistant à demander au débiteur une sûreté réelle et deux cautionnements⁵. Pour statuer autrement, il semblerait qu'il faille que les garanties prises soient véritablement démesurées par rapport au crédit consenti et non simplement excessives, ce qui pourrait indiquer que le texte vise à lutter contre l'abus et non contre la seule disproportion. Cette limite à l'irresponsabilité des créanciers était pourtant celle qui avait le plus de chances de jouer, la fraude au sens de l'article L. 650-1 ne présentant aucune spécificité⁶ et l'immixtion caractérisée

¹ V. les références citées par R. Dammann, « Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives », art. précité, n. 7, p. 174.

² Depuis cette date, le deuxième alinéa ouvre une option entre la réduction et l'annulation des garanties, à la discrétion du juge.

³ CA Metz, 1^e Chambre, 15 juin 2011, n° 09/00850. Dans cette affaire, les juges du fond ont retenu la disproportion, au regard d'un prêt de restructuration d'un montant de 98 000 € octroyé à une société, du cumul d'un cautionnement personnel et solidaire du dirigeant social et d'une associée (son épouse) pour un montant de 118 000 €, ainsi que d'une hypothèque sur un immeuble appartenant en propre à cette dernière et évalué approximativement à 120 000 €. Par conséquent, ces garanties ont été annulées.

⁴ CA Reims, Chambre civile, 1^e section, 25 juin 2013, n° 11/03488, puis Com., 13 janvier 2015, n° 13-25360. Les juges du fond avaient cette fois retenu la disproportion du cumul d'un nantissement de fonds de commerce d'une valeur de 150 000 € et de deux cautionnements solidaires plafonnés à 98 000 € pour garantir un prêt d'un montant de 80 000 €. Les cautionnements avaient alors été annulés. La Cour de cassation censure sèchement l'arrêt, affirmant « *qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir en quoi le cumul de deux cautionnements et d'un nantissement était disproportionné aux concours consentis, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

⁵ A. Gouëzel, « Le choix de la garantie », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 2810, oct. 2016, n° 32 et s. Rapp. également J. Etter et S. Gobin, « Sûretés consenties en garantie d'un crédit et proportionnalité », *RDBF* sept.-oct. 2015, étude 15, n° 16, liant la validité du cumul de sûretés aux usages de place.

⁶ Com., 16 octobre 2012, *Bull. civ. IV*, n° 186 (n° 11-22993) : « *la fraude, en matière civile ou commerciale, ne se démarque guère de la fraude pénale [...] il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive* ».

dans la gestion constituant une hypothèse rare¹. Autant dire que la sanction prévue par cet article, qui appartient au droit commun des sûretés réelles dans les procédures collectives, constitue un risque bien plus théorique que réel pour leurs titulaires².

689. L'interdiction des inscriptions. Le principe de l'égalité des créanciers peut produire une conséquence redoutable pour les titulaires de sûretés réelles : celui qui n'était qu'un créancier chirographaire vis-à-vis des tiers à la date du jugement d'ouverture faute d'avoir publié sa sûreté le restera tout au long de la procédure, en vertu du principe d'interdiction des inscriptions³. Le titulaire d'un simple droit de gage général au jour du jugement d'ouverture perd donc tout espoir d'acquérir un droit de gage spécial. Il s'agit là d'une restriction assez importante à la liberté de gestion patrimoniale des créanciers : loin de pouvoir inscrire leur sûreté quand ils le désirent, ils sont forcés de le faire avant la date butoir du jugement d'ouverture. Cela peut être extrêmement néfaste pour les créanciers ayant acquis leur droit peu avant ce jour mais, en même temps, il est possible que cette règle puisse éviter une fraude aux droits des autres créanciers. En tout état de cause, la sûreté constituée mais non publiée étant inopposable à la procédure⁴, le bien qu'elle greève est, aux yeux des organes de la procédure comme des autres créanciers, libre de tout droit dans le patrimoine du débiteur, ce qui contribue à augmenter ses chances de redressement⁵.

690. Le fondement de la règle, le gel du passif du débiteur au jour du jugement d'ouverture, permet d'en mesurer le domaine⁶. S'agissant d'éviter l'aggravation du passif du

¹ A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *op. cit.*, n° 630, p. 392 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 864, p. 574.

² V. également, insistant sur la vivacité du principe d'irresponsabilité face aux exceptions « *en demi-teinte* », T. Favario, « La responsabilité des créanciers pour les concours consentis », *RPC* janv.-fév. 2020, dossier 6. Il faut toutefois noter que la sanction prévue par le deuxième alinéa du texte, l'annulation ou la réduction des garanties, devrait pouvoir être prononcée quel que soit le cas d'ouverture à responsabilité retenu, v. D. Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un Janus à deux visages », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, n° 16, pp. 626-627.

³ Art. L. 622-30, al. 1 C. com.

⁴ L'inscription prise postérieurement à la procédure est jugée elle-même inopposable à la procédure, v. Com., 24 mars 2009, n° 08-11055. La sûreté peut aussi être annulée dans les rares cas où son régime prévoit une nullité faute d'inscription (v., en matière de nantissement de fonds de commerce, l'art. L. 142-4, al.1 C. com.). La bonne gestion patrimoniale consiste alors à inscrire rapidement sa sûreté, si bien que l'on peut se demander si la nullité pour défaut d'inscription d'une sûreté réelle, en plus d'être contraire aux grands principes qui régissent la matière (v. *supra*, n° 545 et s.), présente une quelconque utilité...

⁵ On peut ainsi imaginer que ce bien soit grevé d'une sûreté de premier rang constituée postérieurement à l'ouverture de la procédure collective avec l'autorisation du juge-commissaire ou puisse être saisi par un créancier postérieur titulaire d'une « créance élue », v. C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 745, p. 486.

⁶ Comp. toutefois, estimant que la règle ne bénéficie d'aucun fondement solide, C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 39 et s., p. 37 et s.

débiteur au cours de la période d'observation, il est tout à fait logique que la jurisprudence admette la validité des renouvellements d'inscription après la date du jugement d'ouverture. Le bien grevé de sûreté réelle avant le jugement d'ouverture peut ainsi continuer à l'être après, sans solution de continuité, car la péremption de l'inscription avant le paiement ou la consignation du prix aurait pour conséquence l'impossibilité d'être payé par préférence sur le prix de vente du bien grevé¹. De même, une inscription définitive de sûreté judiciaire peut être prise après le jugement d'ouverture si l'inscription provisoire a eu lieu avant, et ce en raison du principe de rétroactivité de la date d'inscription². Par une fiction, l'on estime que la sûreté était définitivement publiée à la date de son inscription provisoire, ce qui explique que la survenance de l'ouverture de la procédure collective n'ait pas de prise sur la vigueur des droits de son titulaire³. De même, il est parfaitement cohérent que le titulaire d'une sûreté postérieure au jugement d'ouverture puisse l'inscrire⁴, cette inscription nuisant aux autres créanciers mais reposant sur une justification solide, l'aide nouvelle apportée au débiteur au cours de la période d'observation. L'on peut donc poser en principe que le titulaire d'une sûreté réelle traditionnelle⁵ qui est inopposable à la procédure au jour de son ouverture ne peut agir au sein de cette procédure qu'en qualité de créancier chirographaire⁶. Toutefois, bénéficiaire d'une sûreté opposable ne confère pas le droit de recevoir le paiement de sa créance au cours de la période d'observation, le Livre VI du Code de commerce posant un principe strict d'interdiction des paiements, aux exceptions bien encadrées.

¹ Com., 14 janvier 1997, *Bull. civ. IV*, n° 15, p. 12 (n° 95-12108).

² Art. R. 533-1 CPCE.

³ Com., 17 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 358, p. 254 (n° 90-22058).

⁴ En ce sens., N. Borgia, « Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, sept. 2018, n° 284-120, l'autorisation du juge-commissaire paraissant toutefois nécessaire.

⁵ La règle ne s'applique évidemment pas aux fiducies-sûretés, qui sont occultes. Il faut toutefois ériger en exception la fiducie-sûreté immobilière du Code civil, soumise aux exigences de la publicité foncière. L'accomplissement de cette formalité étant exigée à peine de nullité (art. 2019, al. 2 C. civ.), il faut en déduire que la survenance d'une procédure collective empêche une telle sûreté, si elle n'a pas été publiée auparavant, d'accéder à la vie juridique. En ce qui concerne les garanties reposant sur la conservation par le créancier de son droit de propriété, il faut distinguer : le défaut de publication du contrat de crédit-bail mobilier avant l'ouverture de la procédure rend le droit de propriété inopposable à celle-ci, alors que la clause de réserve de propriété, garantie occulte, peut être rendue opposable par la demande de revendication, v. *supra*, n° 652 et s.

⁶ L'art. L. 622-30 C. com. prévoit toutefois deux exceptions à cette règle. Par faveur pour le Trésor Public, celui-ci conserve son privilège garantissant certaines créances même à défaut d'inscription. Le vendeur de fonds de commerce se voit octroyer le droit de publier son privilège après le jugement d'ouverture, ce qui se comprend en raison du régime très particulier de la publication de ce privilège : si elle n'est pas réalisée dans les trente jours suivant la date de l'acte de vente, le privilège est nul (art. L. 141-6 C. com.). La disparition de la sûreté du simple fait du défaut d'inscription a été considérée comme une sanction trop sévère.

B) L'intensité variable de l'interdiction des paiements

691. La *summa divisio* des sûretés avec et sans dépossession. Le premier mouvement de l'esprit, bien naturel au demeurant, serait de penser le droit des garanties dans les procédures collectives à travers la distinction des droits exclusifs et des droits préférentiels. Tout titulaire d'un droit exclusif devrait bénéficier d'un droit au paiement dès l'exigibilité de sa créance, précisément parce qu'il est autorisé à exclure les prétentions de tous les autres créanciers de son débiteur. Le titulaire d'un droit préférentiel, soumis à la loi du concours, devrait au contraire subir l'écrêtement de ses prérogatives. L'examen du traitement des sûretés par le droit des procédures collectives démontre qu'ici comme ailleurs, la distinction des sûretés exclusives et préférentielles ne conduit qu'à des résultats décevants¹. Le droit des sûretés, dans le domaine qui nous occupe, paraît bien davantage structuré par la *summa divisio* des sûretés avec et sans dépossession.

692. La structure commune des sûretés réelles préférentielles et des fiducies-sûretés ressort ici de façon éclatante au travers du réalisme du droit des entreprises en difficulté. Recherchant avant tout un résultat, le redressement du débiteur, ce droit se préoccupe peu de considérations théoriques qui tentent de prouver la réalité du droit de propriété du créancier fiduciaire. Si le maintien de l'activité de l'entreprise constitue la préoccupation cardinale du législateur, alors, seule compte la conservation ou la récupération par le débiteur de son emprise matérielle sur les biens nécessaires à ce maintien. Aux yeux du législateur des procédures collectives, au cours de la période d'observation, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition n'est rien de plus qu'un gagiste sans dépossession². Toutes les

¹ L. Bougerol-Prud'homme, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 36, spé. n° 16 et s.

² V., par ex., A. Aynès, « Les causes classiques de préférence : l'égalité respectée ? Le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés réelles », art. précité, n° 12 : « *Cela aboutit à les traiter [les créanciers-proprétaires] comme des créanciers ayant un droit de préférence, alors qu'ils sont investis d'un droit d'une nature différente portant sur un bien hors procédure* ». Ce qui rend capitale la détermination de la notion de convention de mise à disposition. Si, dans la plupart des hypothèses, cela ne posera pas de problème particulier, il en va différemment en matière de fiducies-sûretés sur droits sociaux. Dans l'affaire *Camaïeu*, les juges devaient se demander si l'accord qui liait les parties, autorisant le constituant – avant le défaut de paiement – à transmettre ses instructions de vote au fiduciaire, constituait une convention de mise à disposition. Bien qu'un accord ait été trouvé entre les créanciers et l'entreprise en difficulté, le tribunal de commerce de Lille, par un jugement du 25 février 2019, a tout de même eu le temps de se prononcer en faveur de la qualification de convention de mise à disposition, ce qui aurait donc rendu impossible la réalisation de la fiducie au cours de la procédure de sauvegarde. Peut-être cette solution est-elle un peu excessive, le fiduciaire se voyant nécessairement transmettre un certain nombre de pouvoirs à exercer dans le but d'accomplir sa mission. Aussi, il a été

sûretés réelles créant une obligation réelle de garantir sa propre dette à la charge du constituant, le critère téléologique permet de sélectionner les titulaires qui doivent être payés – ceux qui gênent le maintien de l'activité en détenant matériellement un bien nécessaire à la poursuite de l'exploitation – et ceux dont les droits doivent être paralysés – lorsque la sûreté est constituée sans dépossession, le débiteur conservant la maîtrise de son bien. Deux paramètres doivent donc être combinés afin de déterminer si un titulaire de sûreté réelle est soumis ou non à l'interdiction des paiements : la dépossession ou l'absence de dépossession du débiteur d'une part, l'utilité du bien dans le maintien de l'activité du débiteur d'autre part¹. Ne doivent ainsi impérativement être payés que les créanciers titulaires de sûretés avec dépossession sur des biens nécessaires à la poursuite de l'exploitation.

693. Il faut enfin remarquer qu'à ce stade de la réflexion, la distinction des fiducies-sûretés, sûretés exclusives, et des garanties reposant sur la conservation d'un droit de propriété, qui ne sont pas des sûretés, dévoile une fois de plus son intérêt. En apparence, le traitement des deux catégories de créanciers est identique : malgré l'exclusivité de leurs droits, l'emprise matérielle exercée par le débiteur sur les biens grevés nécessaires à la poursuite de l'activité justifie la paralysie de leurs prérogatives. Le contrat de vente avec réserve de propriété, le contrat de crédit-bail et la convention de mise à disposition sont des contrats en cours dont le sort échappe largement à la volonté du cocontractant². La réalité est toutefois plus complexe en raison de la différence de structure entre les différentes opérations. La vente avec réserve de

proposé de considérer que, dans l'hypothèse où le fiduciaire serait autorisé à participer aux assemblées générales et où les dividendes intégreraient le patrimoine fiduciaire, le constituant serait dans l'impossibilité de jouir des droits sociaux donnés en fiducie, ce qui exclurait la qualification de convention de mise à disposition (v. T. Fornacciari et H. Bourbouloux, « L'épisode Camaïeu : retour sur l'efficacité de la fiducie-sûreté sur droits sociaux », *BJE* mai 2019, p. 72 et s.). Comp. F. Pérochon, « Le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives », art. précité, n° 16, estimant qu'il y a tout de même dépossession si le constituant donne ses instructions de vote au fiduciaire et conserve la maîtrise de la destination des dividendes. Le critère du vote nous semble neutre : le constituant, en principe mieux informé du fonctionnement de la société que le fiduciaire, a vocation à récupérer ses droits sociaux en cas d'exécution de son obligation. Etant le mieux placé, il doit toujours pouvoir voter ou envoyer ses instructions. Par analogie avec le régime du gage de choses fongibles, il nous semble que le critère de la titularité du pouvoir de disposer est le plus approprié. Si le fiduciaire peut disposer des droits sociaux, des dividendes, ou imputer ces derniers sur le montant de sa créance, alors, il faut conclure à l'absence de convention de mise à disposition. Ce n'est que si le constituant est libre de disposer des droits sociaux, des dividendes ou des deux qu'il faut reconnaître l'existence d'une telle convention.

¹ Sur l'importance de la distinction des biens indispensables à la poursuite de l'exploitation et des biens non-indispensables, v. N. Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *RPC* juill.-août 2018, dossier 20, n° 14 et s., ainsi que N. Borga, « Le sort des propriétaires de biens », *BJE* nov. 2019, p. 57 et s., spé. n° 27 et s. V., déjà, J.-P. Sortais, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », art. précité, p. 275 : « on pourrait envisager que les sacrifices susceptibles d'être imposés aux créanciers soient fonction de l'utilité ou de la nécessité que présente, pour la survie de l'entreprise, le bien grevé de leur privilège ou de leur sûreté ».

² Même si la réserve de propriété mobilière est immunisée, pour le moment, à cette logique, v. *supra*, n° 661 et s.

propriété et le crédit-bail sont des « *opérations unitaires* », dans lesquelles l'octroi du crédit et la constitution de la garantie sont simultanés : le bien est remis à l'acquéreur ou au crédit-preneur en anticipant le paiement intégral du prix, le créancier se réservant la propriété du bien jusqu'à cette date¹. Au contraire, le crédit et la constitution de la fiducie-sûreté sont « *juridiquement décrochés* », la naissance de la garantie venant dans un second temps, pour garantir le crédit antérieurement consenti².

694. Cette distinction emporte une conséquence pratique très importante en l'espèce : alors que le contrat de base lui-même est continué dans le cadre de la vente avec réserve de propriété ou du crédit-bail, ce qui permet au créancier d'être régulièrement payé au cours de la période d'observation, c'est le contrat de garantie qui est continué lorsque l'on envisage la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition, ce qui n'implique aucune rémunération du fiduciaire ou du bénéficiaire³. Si son droit est paralysé, il ne peut être payé que par les dividendes issus du plan de continuation dans l'hypothèse où il a pris la peine de déclarer sa créance. C'est que la conservation du droit de propriété par le vendeur réservataire et le crédit-bailleur sont indissociables de l'architecture du contrat qui en constitue le support. Pendant toute l'exécution du contrat, le vendeur et le crédit-bailleur font crédit à leur débiteur en lui permettant de détenir un bien dont il n'a pas intégralement payé le prix. A l'inverse, le créancier fiduciaire peut tout à fait avoir seulement avancé une somme d'argent au début de la relation le liant à son débiteur, la sûreté continuant à produire ses effets alors que le bénéfice du crédit s'est déjà estompé depuis longtemps.

695. Interdiction des paiements et sûretés sans dépossession. Lorsque le créancier antérieur bénéficie d'une sûreté sans dépossession, quelle que soit l'utilité du bien grevé vis-à-vis de l'exploitation de l'entreprise, il est soumis à l'interdiction des paiements⁴. Il s'agit là

¹ A propos de la distinction des qualités de propriétaire et de créancier du vendeur réservataire ainsi que ses conséquences, v. *supra*, n° 107 et s.. Le droit OHADA retient la même approche que la jurisprudence de la Cour de cassation, v. R. Akono Adam, « Les sûretés à l'épreuve de la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », art. précité, n° 33, p. 18.

² Sur la distinction des opérations unitaires et de celles dans lesquelles le crédit et la garantie sont juridiquement décrochés, v. M. Vasseur, « L'application de la loi Dailly – Escompte ? Cession de créance en propriété à titre de garantie ? Ou bien l'un ou l'autre suivant les cas ? », *D.* 1982. chron. XL, p. 273 et s.

³ Pour le constat que l'écrasante majorité des conventions de mise à disposition sont conclues à titre gratuit, v. R. Dammann et G. Poteur, « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives d'avenir », in *Mélanges AEDBF-France V*, Banque éditeur, 2008, p. 142, ou encore S. Farhi, th. précitée, n° 371, p. 277.

⁴ Art. L. 622-7 C. com.

encore d'une règle extrêmement classique du droit des procédures collectives, participant au gel du passif et, par conséquent, concourant à l'augmentation des chances de sauvetage de l'entreprise.

696. L'interdiction des paiements empêche les titulaires de sûretés réelles de recevoir le paiement de la part du débiteur principal, mais aussi de mettre en œuvre leurs sûretés. Ceci peut être très dangereux pour eux, dans la mesure où le juge-commissaire est investi du pouvoir d'autoriser la vente des biens inutiles au maintien de l'activité qui constituent l'assiette de leur garantie¹, ce qui conduit à une diminution considérable de leurs droits. La diminution est évidente en ce qui concerne leur assiette : les créanciers qui bénéficiaient d'un droit de poursuite spécial sur un ou plusieurs biens ne bénéficient plus, après la vente, que d'un droit sur une quote-part du prix correspondant aux créances garanties², le reliquat venant « gonfler » la trésorerie de l'entreprise en difficulté. L'atteinte est toute aussi flagrante en ce qui concerne leurs modalités d'exercice : la date d'exigibilité de leur créance importe peu, étant entendu qu'ils ne pourront pas exercer leurs droits sur le prix avant l'adoption d'un plan³, les sommes étant consignées durant la période d'observation⁴. Ils seront, de plus, soumis à toutes les dispositions du plan et au classement légal des droits de préférence, ce qui aboutit bien souvent à un paiement extrêmement partiel, voire complètement inexistant. Il a ainsi été affirmé qu'« *en fait de droit de préférence, les créanciers semblent davantage titulaires d'un droit d'être préférés par plus forts qu'eux* »⁵. Deux tempéraments sont toutefois prévus dans le but d'éviter que les titulaires de sûretés spéciales sans dépossession soient systématiquement lésés par la vente de l'assiette de leur garantie. D'une part, il est possible que le juge-commissaire autorise

¹ Art. L. 622-8 C. com.

² La vigueur du droit des titulaires de sûretés réelles est singulièrement atteinte par la transformation du droit sur le bien grevé en droit sur la quote-part, et ce notamment en raison de la liberté totale dont jouit le tribunal en matière de fixation de la somme affectée au bénéficiaire de la garantie, v. not. F. Macorig-Venier, th. précitée, n° 197 et s., p. 163 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 600, p. 373.

³ Sachant que la période d'observation peut durer jusqu'à dix-huit mois (art. L. 621-3 C. com.), le délai peut paraître extrêmement long pour n'obtenir qu'un paiement partiel.

⁴ Art. L. 622-8, al. 1 C. com.

⁵ F. Macorig-Venier, th. précitée, n° 24, p. 30. V. également, estimant que « *la protection conférée aux créanciers inscrits sur les biens cédés au cours de la période d'observation est généralement illusoire* », A. Gaudemet, « La cession des biens meubles corporels grevés de sûretés réelles dans les procédures collectives », *RPC* mars-avril 2015, dossier 28, n° 6. Dans l'hypothèse qui nous occupe, les créanciers plus forts que les titulaires de sûretés conventionnelles sont les titulaires du superprivilège des salariés, du privilège des frais de justice, du privilège de conciliation et du privilège des créances postérieures élues, v. l'art. L. 622-17, II, C. com. S'agissant de privilèges généraux, la solution s'impose d'elle-même : « *de même que les biens grevés de sûretés spéciales constituent aussi une partie de l'assiette des sûretés générales, de même la quote-part, assiette réduite des sûretés spéciales, est comprise dans l'assiette des privilèges généraux* » (F. Macorig-Venier, th. précitée, n° 207, p. 176).

un paiement provisionnel de tout ou partie de la créance garantie¹, « à hauteur d'un montant non sérieusement contestable »². Le flou entretenu par les textes ainsi que la nécessité de principe de fournir une garantie bancaire au cas où l'avance devrait être restituée contribuent à n'envisager cette faveur que comme un adoucissement apparent de la situation des titulaires de sûretés réelles³. La même remarque peut être formulée à l'encontre de la possibilité de forcer le créancier à subir une substitution de sûreté⁴, preuve de la faiblesse de son droit⁵.

697. La titularité d'un droit exclusif ne change absolument rien à la situation du créancier disposant d'une sûreté visée par l'article 2286, 4° du Code civil⁶. Le bénéficiaire d'un gage sans dépossession, titulaire depuis 2008 d'un droit de rétention fictif sur l'assiette de sa sûreté, est traité dans le cadre de la période d'observation comme un simple bénéficiaire de sûreté sans dépossession. Son droit de rétention est inopposable à la procédure, et ce jusqu'à l'adoption d'un plan de cession ou l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire⁷. Dès lors que le débiteur détient le bien, qu'il soit nécessaire ou non à la poursuite de son activité, la solution est judicieuse⁸. Les gages sans dépossession ayant été conçus précisément pour permettre au

¹ Art. L. 622-8, al. 2 C. com.

² Art. R. 622-7, al. 2 C. com.

³ En ce sens, M. Cabrillac et Ph. Pétel, « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles ? », *D.* 1994. 243, où le paiement provisionnel est qualifié de « *mince satisfaction* » (n° 19) et de « *médiocre élément de protection pour le titulaire d'une sûreté réelle* » (n° 20) ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 605, p. 375, considérant que l'atténuation de la défaveur que subissent les sûretés réelles sans dépossession « *est plus symbolique que réelle* ».

⁴ Art. L. 622-8, al. 3 C. com.

⁵ Cette faculté sert avant tout les intérêts de l'entreprise, les organes de la procédure pouvant vendre le bien dégrevé et le débiteur disposer librement des fonds ainsi obtenus. Le seul garde-fou offert aux créanciers repose sur la notion d'équivalence de la sûreté nouvelle à la sûreté substituée, dont les auteurs s'accordent *a minima* pour affirmer qu'il s'agit seulement de l'examen d'un faisceau d'indices comprenant la valeur du bien grevé et le rang du bénéficiaire de la sûreté, la substitution ne devant pas conduire à l'appauvrissement du créancier. V. M.-H. Monsérié, th. précitée, n° 505 et s., p. 464 et s. et D. Pohé, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », *RPC* 1992, p. 245 et s., spé. n° 22 et s., p. 256 et s., estimant par ailleurs que la substitution autorise « *une certaine réduction des garanties* » (n° 53, p. 272).

⁶ Il existe toutefois un débat lorsqu'un gage sans dépossession porte sur un bien qui n'est pas nécessaire à l'activité de l'entreprise, v. G. Ansaloni, « Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun », *JCP E* 2009. 1672, n. 32. Dans l'hypothèse où le bien est vendu au cours de la période d'observation, il a été avancé que le droit de rétention fictif attaché à la sûreté se reporterait sur le prix de vente du bien, excluant ainsi tous les autres créanciers. Le raisonnement repose sur l'idée que le but de l'inopposabilité du droit de rétention fictif à la procédure réside dans le maintien de l'activité du débiteur, or la vente du bien au cours de la procédure prouve qu'il n'est pas nécessaire à la poursuite de l'exploitation et devrait permettre le jeu de l'exclusivité. Cet argument n'emporte pourtant pas la conviction. La seule manifestation de l'inopposabilité du droit de rétention fictif au stade de la période d'observation est justement constituée par l'impossibilité pour le gagiste sans dépossession de primer tous ses concurrents sur le prix de vente du bien. On ne voit pas bien comment un rétenteur fictif pourrait prétendre retenir le bien de son débiteur, même si son droit était opposable à la procédure. De plus, le gagiste-rétenteur fictif n'étant considéré que comme un simple gagiste à ce stade de la procédure, les sommes qui ne lui seront pas affectées au titre de la quote-part bénéficieront au redressement de l'entreprise. C'est que, peu importe l'utilité du bien grevé pour le redressement du débiteur, la situation du titulaire d'une sûreté sans dépossession au cours de la période d'observation est toujours très peu enviable.

⁷ Art. L. 622-7, I, al. 2 C. com.

⁸ Elle est même la seule solution envisageable, « *conséquence de ce qu'un gagiste sans dépossession n'exerce aucun pouvoir de nature à faire pression sur le propriétaire* » (A. Aynès, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G* 2009. I. 119, n° 5).

débiteur-constituant de poursuivre son activité malgré l'affectation du bien à la garantie du créancier, il aurait été tout à fait paradoxal que la constitution d'une telle sûreté rende plus difficile le maintien de l'exploitation en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le rétenteur ne bénéficie d'une position inexpugnable que tant qu'il détient effectivement sa sécurité entre ses mains. L'inefficacité en période d'observation de l'« *hérésie juridique* »¹ que constitue le droit de rétention fictif doit être approuvée, et il nous semble que le législateur devrait même aller plus loin en le supprimant purement et simplement de notre système juridique².

698. L'interdiction des paiements s'applique également dans le cas de la fiducie-sûreté du Code civil constituée avec convention de mise à disposition³. L'article L. 622-23-1 du Code de commerce prévoit expressément que la réalisation d'une telle garantie est impossible au cours de la période d'observation, tant en raison de l'ouverture de la procédure, de l'adoption d'un plan que du défaut de paiement d'une créance antérieure. Pour « verrouiller » le système, il est également prévu que la convention de mise à disposition est soumise au régime de la continuation des contrats en cours⁴, ce qui permet à l'administrateur d'opter pour sa continuation si le bien est nécessaire au maintien de l'activité du débiteur. Le prétendu transfert de propriété sur lequel repose la fiducie-sûreté se heurte donc au réalisme du droit des procédures collectives : peu importe la technique utilisée pour affecter un bien de l'entreprise à la garantie du paiement d'un de ses créanciers, la maîtrise matérielle du bien par le débiteur justifie systématiquement la paralysie des droits du bénéficiaire de la sûreté, au moins pendant la période d'observation⁵. Le droit des entreprises en difficulté se donne les moyens d'atteindre ses fins en gelant la possession des biens nécessaires à la poursuite de l'exploitation entre les mains du débiteur au jour du jugement d'ouverture⁶. Le créancier fiduciaire, bénéficiant d'une

¹ D. Legeais, « Projet de réforme du droit des procédures collectives », *RDBF* mai 2008, n° 3, comm. 67. V. également J.-J. Ansault, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RDA* déc. 2019, n° 14, p. 115.

² V. *infra*, n° 872 et s.

³ Art. 2018-1 C. civ.

⁴ Art. L. 622-13, VI C. com.

⁵ Ce qui signifie que, si la convention de mise à disposition était résiliée après la date du jugement d'ouverture, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté recouvrerait la détention du bien grevé, ce qui forcerait le juge-commissaire à autoriser le paiement de sa créance pour réaliser le retour des biens entre les mains du débiteur.

⁶ On peut certes imaginer la résiliation de la convention de mise à disposition pour permettre au bénéficiaire de la fiducie-sûreté d'exercer ses droits sur l'actif affecté, mais cela relève quelque peu du cas d'école : pourquoi le débiteur aurait-il demandé la conclusion d'un tel accord si les biens aliénés n'étaient pas indispensables à la poursuite de son activité ? En ce sens, S. Farhi, th. précitée, n° 280, p. 204. V. également M.-C. Lasserre, « La paralysie de la fiducie-sûreté », *LPA* 11 février 2011, p. 3 et s., n° 6 :

affectation exclusive de l'assiette à la garantie de sa créance, est toutefois mieux traité que les créanciers titulaires de sûretés préférentielles : si le bien mis à disposition du débiteur n'est pas indispensable à l'activité de l'entreprise – ce qui s'apparente à un cas d'école – il ne peut être vendu par les organes de la procédure que si le fiduciaire ne leur a pas rendu son droit exclusif opposable¹.

699. Exceptions à l'interdiction des paiements et sûretés avec dépossession. Bien différente est la situation du bénéficiaire d'une sûreté réelle avec dépossession sur un bien nécessaire à l'activité de l'entreprise. Dans ce cas, il ne saurait être question de cristallisation de la possession du bien par le créancier. Il faut au contraire le faire revenir entre les mains du débiteur, ce qui implique obligatoirement l'existence d'exceptions au principe posé par l'article L. 622-7, I du Code de commerce et donc la possibilité de payer une créance antérieure nonobstant la discipline collective.

700. Le texte précité permet justement au juge-commissaire d'autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement d'ouverture, si ce paiement permet le retrait du bien faisant l'objet d'un droit de rétention matériel² ou le retour de biens transférés dans le patrimoine d'affectation de la fiducie-sûreté et que ce paiement est nécessaire à la poursuite de l'activité. Il n'est en effet pas possible de se satisfaire de l'état de fait existant au jour de l'ouverture de la procédure, où les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont répartis entre les mains du débiteur et de divers créanciers. La reconstitution de l'actif indispensable au maintien de l'activité est alors une nécessité qui justifie le paiement de certains créanciers antérieurs en raison de leur emprise matérielle sur de tels biens. Le rétenteur matériel, que son droit soit autonome ou issu d'un gage avec dépossession, ainsi que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sans convention de mise à disposition, occupent ainsi une position très enviable, étant entendu qu'ils ne peuvent être forcés à se déposséder du bien sans paiement de leur créance. Même si l'équité et la détention du bien grevé justifient le paiement du bénéficiaire de ces

« dans la mesure où si le constituant n'a pas souhaité se déposséder de ses biens, alors même qu'ils sont sortis de son patrimoine, et au prix bien souvent d'une convention de mise à disposition à titre onéreux, c'est bien parce qu'ils sont utiles à l'entreprise ».

¹ V. S. Farhi, th. précitée, n° 249 et s., p. 180 et s., ainsi que n° 496, p. 365.

² Il faut aussi faire entrer dans cette catégorie les titulaires d'un droit de rétention fictif « spécial » qui disposent d'un véritable pouvoir de blocage, soit le créancier nanti sur un compte-titres dans certaines hypothèses et le gagiste automobile, v. F. Pérochon, Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. précité, n° 18 et s., et *infra*, n° 879.

garanties, l'on ne peut s'empêcher d'éprouver un certain malaise face à l'efficacité de ces « *trublion[s] de l'ordre établi des sûretés* »¹. Le paiement intégral résultant de la mise en œuvre de ces techniques frustes jure avec l'équilibre que le législateur tente de mettre en place entre les intérêts des créanciers et la possibilité de redresser l'entreprise en difficulté, et ce d'autant plus depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008. L'on pourrait alors imaginer mettre en place un prélèvement forfaitaire de l'ordre de 10% sur les sommes perçues afin de forcer ces créanciers à participer à leur manière au redressement de l'entreprise².

701. On s'est posé la question de savoir si la technique de la substitution forcée de garantie ne pourrait pas permettre de libérer le bien grevé sans avoir à payer son détenteur. Cela paraît impossible : une substitution ne peut être effectuée que si la garantie offerte en contrepartie est « équivalente » à la garantie d'origine. Devant le flou des textes et l'absence de définition d'une telle notion, il faut raisonner à partir des principes posés par les décisions relatives à la substitution de sûreté en période suspecte : une sûreté n'étant supérieure à une autre que si elle confère des droits sur une assiette plus étendue ou des prérogatives aux effets plus vigoureux, deux sûretés ne sont équivalentes que si elles confèrent des droits de gage spéciaux équivalents, tant en ce qui concerne leur assiette que leur nature. Or, la sûreté avec dépossession permet à son titulaire d'obtenir le paiement de sa créance en période d'observation, résultat qu'aucune autre technique du droit des sûretés ne permet d'atteindre. Aucune garantie n'a donc de « nature » équivalente à un droit de rétention matériel ou une fiducie-sûreté sans convention de mise à disposition, ce qui entraîne l'impossibilité de leur substituer une quelconque sûreté³. On ne peut que s'incliner devant la perpétuation d'un « *état de droit fondé sur l'irréductible supériorité de la détention, que le législateur moderne n'a fait qu'entériner et dont la sophistication juridique contemporaine n'a pas eu raison* »⁴.

¹ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 591, p. 39, à propos du droit de rétention.

² Ce pourcentage s'inspire de la pratique allemande des aliénations fiduciaires, v. *supra*, n° 670. Sur cette idée, v. N. Borga, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 21, p. 303.

³ Pour le droit de rétention, v. Com., 4 juillet 2000, *Bull. civ. IV*, n° 136, p. 123 (n° 98-11803) : « *le droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à complet paiement de sa créance ; que le contrat de gage ayant prévu une faculté de substitution avec l'accord du créancier, la cour d'appel, qui a retenu que le droit de rétention ne pouvait être limité par le pouvoir conféré au juge-commissaire par l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 d'imposer une substitution de garantie, a légalement justifié sa décision* ». V. également E. Chvika, th. précitée, n° 324, p. 325 et M.-H. Monsérié, th. précitée, n° 448, pp. 449-450. *Contra*, D. Pohé, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », art. précité, n° 18, pp. 253-254.

⁴ D. Martin, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », *D.* 1986. chron. LIV, p. 327.

702. Conclusion de la section 1. Le droit commun des sûretés conventionnelles au cours de la période d'observation est loin de posséder la consistance du droit commun lorsque le débiteur est *in bonis*. Il existe certainement des règles communes, tous les créanciers étant soumis à une même discipline collective. Ils doivent tous déclarer leur créance afin de participer aux répartition et dividendes, exactement comme les propriétaires sont tenus de revendiquer leurs biens en l'absence de publicité de leur droit. De même, l'interdiction des inscriptions au jour du jugement d'ouverture s'applique à tous. Par ailleurs, il est interdit de recourir à l'exécution forcée et l'interdiction des paiements doit être comprise par le prisme de la *summa divisio* des sûretés avec et sans dépossession, seuls les créanciers gênant l'activité du débiteur en détenant un bien utile à sa poursuite méritant d'être payés. Enfin, tous les créanciers munis de sûretés risquent de perdre leur garantie dans les mêmes conditions en cas d'octroi d'un concours abusif au débiteur. Voilà l'étendue du droit commun en germe. Au-delà, les traitements différenciés suivant la nature des garanties sont légion, le plus souvent sans justification valable.

Il en va ainsi en matière de garantie des obligations financières, dont les titulaires ne sont soumis à aucune des contraintes du Livre VI du Code de commerce. Si ce traitement dérogatoire peut se justifier dans l'optique de limiter le risque systémique, il n'en va plus de même lorsque l'établissement de crédit garanti entend seulement primer ses concurrents dans la procédure collective ouverte à l'encontre d'une PME. De même, le traitement retenu de la réserve de propriété mobilière rend perplexe : alors qu'un répit est offert aux débiteurs des crédits-bailleurs et réservataires immobiliers par l'application du régime des contrats en cours, la demande de revendication de ce créancier-propriétaire ne peut être tenue en échec que par le paiement intégral de sa créance. Enfin, le summum de l'incohérence est atteint lorsque l'on s'intéresse de près au régime applicable aux fiducies-sûretés sans patrimoine d'affectation, qui échappent cumulativement aux nullités de la période suspecte, à l'obligation d'être déclarées et à l'interdiction des poursuites. Sur ces points, il n'existe pas de droit commun en germe des sûretés réelles, les contraintes s'appliquant avec toute leur vigueur aux titulaires de droits préférentiels et épargnant largement les bénéficiaires de garanties exclusives.

A court terme, il paraît possible de résorber ces différences de traitement afin de parvenir à un traitement plus équitable des différents créanciers. La réserve de propriété mobilière devrait ainsi être qualifiée de contrat en cours, afin de consacrer un droit du débiteur à

l'utilisation de tous les biens nécessaires à la poursuite de son activité qui se trouvent entre ses mains au jour du jugement d'ouverture. Par ailleurs, la jurisprudence devrait étendre l'application des textes relatifs aux nullités de la période suspecte à l'intégralité des fiducies, ce qui préviendrait tout risque de dépeçage du gage commun par quelques créanciers peu scrupuleux. Enfin, chaque titulaire d'un droit exclusif, qu'il soit rétenteur, propriétaire ou fiduciaire, devrait se voir imposer un prélèvement forfaitaire de l'ordre de 10% en cas de réalisation de sa garantie en période d'observation. Un principe général de participation de tous les partenaires de l'entreprise en difficulté à son redressement apparaîtrait alors, ce qui permettrait l'estompage partiel des différences de traitement infondées entre préférence et exclusivité. Leur nature commune, leur traitement identique hors du droit des procédures collectives et l'importance du sauvetage des débiteurs en difficulté justifient la création d'un droit commun traitant de manière égale tous les titulaires de garanties réelles au sein du Livre VI du Code de commerce¹. Il faut garder ces éléments en mémoire au moment de franchir les frontières de la période d'observation, tant les incohérences de l'articulation du droit des sûretés et du droit des procédures collectives augmentent avec le temps.

Section 2 : Sûretés réelles et détermination du sort du débiteur

703. Plan. De manière très classique, il faut constater que le traitement des créanciers diffère selon l'issue de la procédure². Ce n'est que la conséquence de ce que les intérêts des créanciers sont soumis aux finalités du droit des entreprises en difficulté. Dans les cas où l'entreprise peut être sauvée, la procédure se conclura nécessairement par l'adoption d'un plan de sauvegarde ou d'un plan de redressement. Contrairement à ce qui se passait sous l'empire des lois précédentes, dans lesquelles les créanciers étaient globalement écartés du processus d'adoption du plan, la loi de sauvegarde et les textes postérieurs ont procédé à leur association

¹ Les éléments d'harmonisation avancés à ce stade du raisonnement ne constituent qu'une première étape. Une fois le rapprochement effectué et les restrictions imposées aux droits des titulaires de droits exclusifs acceptées, il faudra encore procéder à la seconde étape : la création d'un véritable droit commun traitant de manière rigoureusement identique les sûretés réelles traditionnelles et les droits exclusifs tout au long de la procédure, v. *infra*, n° 760 et s.

² V. not. F. Derrida, « Le crédit et le droit des procédures collectives », art. précité. Plus récemment, on peut également se référer à F. Macorig-Venier, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Dr. et Patr.* janv. 2010, insistant particulièrement sur le sort des droits exclusifs et des sûretés consenties par les tiers.

plus étroite avec les organes de la procédure afin de déterminer le sort du débiteur. Les créanciers titulaires de sûretés sont ainsi appelés à disposer d'un pouvoir considérable sur l'élaboration du plan mais les contraintes de la procédure continuent à peser fortement sur leurs épaules et leur paiement ne saurait, bien souvent, être total (§1).

Lorsque les dirigeants ne peuvent sauver eux-mêmes l'entreprise, il est nécessaire de la céder ou de la liquider en vendant tous ses biens isolément. La hiérarchie des intérêts devrait alors s'équilibrer et l'apurement du passif global devenir à nouveau un objectif à atteindre en priorité. Il n'en est pourtant rien. Tant le plan de cession que les opérations de liquidation font la part belle à ceux qui parviennent à s'extraire de la discipline collective, les autres créanciers se partageant généralement un bien maigre reliquat (§2).

§1) Sûretés réelles et plans de sauvegarde ou de redressement du débiteur

704. Plan. La négociation prend de plus en plus d'importance dans le droit des procédures collectives. Alors que les plans étaient auparavant imposés autoritairement aux créanciers par le tribunal, en accord avec les organes de la procédure, les textes les plus récents donnent un rôle bien plus important aux créanciers. Ils sont consultés individuellement ou collectivement lors de l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement, mais cela ne profite pas nécessairement aux titulaires de sûretés. Des délais peuvent toujours leur être imposés et, dans les procédures concernant des entreprises de grande taille, la technique des comités peut également servir à réduire le montant de leurs créances. En revanche, l'avènement annoncé des classes de créanciers pourrait marquer le début d'un changement de paradigme : les titulaires de sûretés, aptes à défendre plus efficacement leurs intérêts catégoriels, devraient pouvoir limiter les sacrifices imposés (**A**). Une fois le plan élaboré, les créanciers n'ont plus qu'à se soumettre aux dispositions arrêtées par le tribunal. La distinction des titulaires de garanties avec et sans dépossession ressort encore une fois avec éclat : si les premiers ne reçoivent leur paiement que dans les conditions prévues par le plan tant que le débiteur exécute correctement ses obligations, les seconds peuvent librement réaliser leur garantie ou obtenir le paiement intégral de leur créance (**B**).

A) Sûretés réelles et élaboration du plan

705. Consultation individuelle des créanciers. Dans les « petites » procédures collectives – ou au sein de celles qui concernent des entreprises de taille assez importante, mais seulement pour les créanciers hors comités¹ –, la titularité d'une sûreté réelle emporte de faibles conséquences quant au rôle dévolu à la voix du créancier dans l'élaboration du plan. Aux termes des articles L. 626-5 et suivants du Code de commerce, le mandataire judiciaire est tenu de consulter individuellement tous les créanciers ayant déclaré leur créance sur les propositions de délais, remises et conversions de créance en titres donnant ou pouvant donner accès au capital². Le principe d'égalité des créanciers, qui se manifeste essentiellement sous une forme procédurale³, constitue le guide de l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement.

706. Toutefois, contrairement à ce que l'on pourrait penser, nulle obligation n'est faite aux organes de la procédure d'adresser des propositions identiques à tous les créanciers. Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que certains créanciers soient mieux traités que les autres, tout du moins lorsqu'ils acceptent les propositions formulées par le mandataire judiciaire⁴. Il est possible de procéder à des différences de traitement si des circonstances factuelles particulières les justifient et que les créanciers font preuve de « bonne volonté », sous réserve de l'abus de droit⁵. La titularité d'une garantie réelle peut ainsi permettre à son bénéficiaire de se voir proposer un remboursement à des conditions plus avantageuses qu'un simple chirographaire, si la poursuite de l'activité en est facilitée. Le rétenteur exerçant son emprise matérielle sur un bien essentiel à l'entreprise pourrait ainsi bénéficier de délais bien plus courts si le débiteur ne possède pas les fonds suffisants pour le désintéresser intégralement

¹ Art. L. 626-33, al. 1 C. com.

² Cette procédure n'est appliquée que lorsqu'elle est utile, c'est-à-dire lorsque le projet de plan modifie les conditions de paiement ou lorsque le paiement intégral ne peut être obtenu, v. L. 626-5, al. 4 C. com.

³ On a ainsi pu affirmer que « *ce que l'on croit être de l'égalité, c'est en fait la manifestation de la discipline collective organisant l'accès au gage commun des créanciers* » (F.-X. Lucas, « L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », *BJE* nov. 2019, p. 78 et s.).

⁴ Ou lorsqu'il se taisent, le silence valant ici acceptation, v. l'art. L. 626-5, al. 2 C. com. Pour une description détaillée du principe de primauté de la négociation entre le débiteur et ses créanciers, l'application d'un traitement uniforme n'étant que subsidiaire, v. N. Ghalimi, « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* 19 déc. 2014, spé. n° 19 et s. *Adde* C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 422 et s., p. 387 et s.

⁵ G. Jazottes, « La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *RPC* mai-juin 2015, dossier 38, n° 18.

dès l'ouverture de la procédure collective¹. On pourrait aussi imaginer qu'un titulaire de sûreté spéciale bénéficie de délais intermédiaires, entre les brefs délais concédés au rétenteur et les longs délais que subissent les chirographaires².

707. En revanche, les créanciers « réfractaires », qui repoussent les propositions du mandataire judiciaire, se voient nécessairement imposer des délais uniformes³. Le principe d'égalité suppose ici de traiter tous les créanciers faisant preuve de « mauvaise volonté » de la même manière : les membres de cette catégorie ayant tous refusé de consentir des remises, il est logique de leur imposer le même sacrifice au nom du redressement de l'entreprise. La titularité d'une sûreté réelle ne permet pas, dans cette hypothèse, de peser sur la décision du tribunal concernant l'avenir du débiteur en difficulté. Il en va de même aujourd'hui au sein des comités de créanciers.

708. Consultation collective au sein des comités de créanciers. L'époque où les créanciers se voyaient imposer des plans sans possibilité de participer activement à la procédure est révolue. Prenant acte des nombreuses critiques qui lui avaient été adressées à partir de la loi du 25 janvier 1985, le législateur a décidé de redonner une place aux créanciers dans l'élaboration du plan, certains parlant même à cet égard d'une « contractualisation » du droit des procédures collectives⁴. Toutefois, dans les procédures collectives concernant les

¹ La doctrine n'est pas toujours hostile à l'idée qu'il devrait être possible de proposer à certains créanciers un paiement immédiat, v. F. Legrand, « Le traitement différencié des créanciers dans le cadre du plan de sauvegarde et du plan de redressement », *Cah. dr. ent.* 2016/4, dossier 35. Si cela était possible, le rétenteur devrait en profiter au premier chef. V. également T. com Paris, 25 octobre 2012, n° 2012047649, « SARLASIM », *LEDEN* 2013/1, obs. approbatives de F.-X. Lucas. *Contra*, F. Pérochon et Ph. Pétel, « Les délais du plan de sauvegarde ou de redressement », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du professeur Paul Le Canu*, LGDJ, 2014, n° 7, p. 613.

² En pratique, il est d'ailleurs fréquent de constater que les délais et remises proposés diffèrent selon qu'ils s'adressent à des créanciers titulaires de sûretés ou à des chirographaires, v. *ibid.*, n° 6, p. 613.

³ V. not. CA Versailles, 13^e Chambre, 3 mars 1988, n° 8030/87 : un tribunal de commerce avait validé un plan comportant des délais de paiement de 7 ans avec 2 ans de franchise pour les créanciers privilégiés réfractaires et 12 ans avec 2 ans de franchise pour les créanciers chirographaires réfractaires. La cour d'appel a infirmé le jugement sur ce point, indiquant que « le tribunal a violé les dispositions de l'article 74 de la loi, en imposant aux créanciers privilégiés et chirographaires réfractaires aux propositions des délais différents de paiement ; que ledit article spécifie qu'ils sont soumis à des délais uniformes, sous la seule réserve des créances à terme ». La cour d'appel a finalement imposé des délais uniformes à tous les créanciers réfractaires (10 ans dont une année de franchise).

⁴ M.-L. Coquelet, « Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? », *RPC* mai-juin 2012, dossier 15, n° 12. Dans le même sens, F. Legrand, « Le traitement différencié des créanciers dans le cadre du plan de sauvegarde et du plan de redressement », art. précité : « Nous passons ainsi de l'ère de l'apurement du passif imposé, à l'ère de l'apurement du passif négocié », ainsi que A.-F. Zattara-Gros, « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 623 et s.

entreprises de taille assez importante¹, les titulaires de sûretés réelles n'ont pas vocation à peser considérablement sur le vote des comités. Les sacrifices qui peuvent leur être imposés sont même plus importants que ceux qui peuvent être obtenus par le biais de la procédure de consultation individuelle. Les comités de créanciers sont certes institués dans le but de donner davantage de poids aux créanciers dans l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement², mais ils favorisent essentiellement le débiteur par l'ouverture de la possibilité de bénéficier de conditions de remboursement plus favorables que dans le cadre de la consultation individuelle³. C'est ainsi que, si cette dernière est employée, la durée du plan ne peut excéder dix ans, alors que le plan voté par les comités de créanciers n'est pas soumis à une telle limitation⁴. Il est surtout permis d'imposer des remises de dettes aux créanciers récalcitrants⁵, ce qui est impossible au cours de la consultation individuelle.

709. De manière exceptionnelle, la garantie réelle peut cependant conférer à son titulaire un pouvoir de décision sur le sort de l'entreprise. Les comités de créanciers, souverains, sont habilités à proposer des plans distinguant plusieurs « classes » parmi leurs membres. La différence de nature entre les créances des différents membres d'un comité peut alors justifier une différence de traitement à partir du moment où les efforts demandés à la « classe » la plus mal traitée ne sont pas excessifs⁶. Concrètement, il est donc possible d'imaginer qu'un comité de créanciers présente un projet de plan contenant plusieurs modalités de remboursement, la diversité étant fondée sur la nature de la créance : les titulaires de droits exclusifs détenant des biens utiles à la poursuite de l'activité seraient payés en premier, les titulaires des autres

¹ Aux termes de l'art. R. 626-52 C. com., les entreprises concernées sont celles disposant de 150 salariés et de 20 millions d'euros de chiffre d'affaires.

² Les membres des comités ont ainsi la possibilité de formuler des propositions de plan concurrençant celle du débiteur, v. l'art. L. 626-30-2, al. 1 C. com., ce qui, pour certains auteurs, signifie que « *le droit français fait un pas de plus vers la contractualisation du droit des procédures collectives, et s'aligne ainsi sur le droit américain ou encore le droit allemand* » (R. Dammann et G. Pothier, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 752).

³ C'est ainsi que certains auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'il s'agit là, pour les créanciers, d'un pouvoir « *plus consultatif que délibératif* » (R. Bonhomme, « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », in *Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, n° 21, p. 74).

⁴ Art. L. 626-30-2, al. 2 C. com. V. également G. Piollet, « Le plan de sauvegarde vu par un administrateur », *RPC* 2006, p. 187 et s.

⁵ V. l'art. L. 626-30-2 C. com. *a contrario*, qui explique que les titulaires du privilège de la conciliation ne peuvent se voir imposer des délais et remises, ce qui implique que tous les autres titulaires de sûretés réelles récalcitrants peuvent subir de tels sacrifices.

⁶ En ce sens, Com., 21 février 2012 « *Thomson-Technicolor* », *Bull. civ.* IV, n° 45 (n° 11-11693), en matière de subordination de créances : « *attendu qu'ayant relevé par motifs adoptés que les propositions formulées dans le projet de plan de sauvegarde étaient cohérentes avec les intérêts des créanciers en présence, leur caractère ou non subordonné, et stratégique ou non pour l'entreprise et qu'elles correspondaient à des efforts équilibrés des créanciers en fonction de la nature de leurs créances, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a souverainement retenu que les intérêts des porteurs des titres super-subordonnés étaient suffisamment protégés* ».

garanties réelles spéciales en deuxième, les créanciers chirographaires en troisième et les créanciers subordonnés en dernier. Il ne s'agit cependant que d'une possibilité et le critère de discrimination entre les différentes classes pourrait aussi reposer sur le consentement à l'octroi d'un nouveau crédit afin de soutenir l'entreprise en difficulté¹. La nature de la créance serait ici totalement secondaire et les chirographaires prêts à avancer de nouveaux fonds au débiteur seraient alors désintéressés avant les titulaires de sûretés réelles spéciales désireux de limiter leurs pertes.

710. Les sacrifices considérables qui peuvent être imposés aux titulaires de sûretés réelles par les comités s'expliquent par l'examen de leur composition, qui s'organise par référence à la qualité des créanciers et non à la qualité de leurs créances. Seule compte la qualité de société de financement, d'établissement de crédit ou de titulaire d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services pour être membre de droit du premier comité². De même, le second comité n'est composé de droit que des principaux fournisseurs de biens ou de services, ceux dont la créance représente plus de 3% des créances des fournisseurs³. Dans cette situation, la fiducie-sûreté mérite sa couronne de reine des sûretés : sans l'autoriser à exercer une influence sur l'élaboration du plan, elle permet à son bénéficiaire d'échapper aux comités, au moins pour la fraction garantie de sa créance⁴. Elle constitue ainsi une sorte d'abri pour le créancier, qui se voit protégé contre les sacrifices considérables que les comités auraient pu le forcer à subir⁵. La procédure de consultation individuelle lui est donc applicable. Le créancier fiduciaire peut se féliciter de cette situation, mais la cohérence du dispositif reste à démontrer⁶. Comment justifier que le droit exclusif du fiduciaire, par ailleurs établissement de crédit ou fournisseur de biens ou de services, le soustraie à une partie de la discipline collective

¹ Pour un exemple de plan prévoyant un remboursement immédiat, à l'arrêté du plan, pour les établissements de crédit participant à une convention de crédit renouvelable alors que les autres obtiendront immédiatement 10% de leur créance, puis, après une année de franchise, 22,5%, 31,5% et enfin 36% par an, CA Paris, pôle 5, Chambre 8, 11 mai 2016, n° 16/03704 « *Ludendo* ».

² Art. L. 626-30, al. 2 C. com.

³ Art. L. 626-30, al. 3 C. com.

⁴ Art. L. 626-30, al. 4 C. com.

⁵ Rapp. M.-C. Lasserre, « La paralysie de la fiducie-sûreté », art. précité, n° 10 : « *La neutralisation de la mise en oeuvre de la fiducie-sûreté ne peut s'imposer au bénéficiaire sans lui assurer, en contrepartie, une sécurité juridique et une prévisibilité. Une acclimation aux procédures collectives s'est alors opérée. Le créancier ne participe pas aux comités des créanciers, pour la part de sa créance garantie par la fiducie-sûreté. Pour la partie de leur créance non garantie, les créanciers réintègrent les comités. Une restructuration de cette part est dès lors possible* ». Dans le même ordre d'idées, il faut aussi noter que l'art. L. 626-30-2, al. 2 C. com. prévoit que le bénéficiaire du privilège de la conciliation ne peut se voir imposer ni délais, ni remises.

⁶ Quant aux incertitudes concernant la composition des comités, v. F. Pérochon, « Réflexions sur la constitution des comités de créanciers », *BJE* nov. 2017, p. 447 et s.

à laquelle le crédit-bailleur et le vendeur réservataire sont soumis pour leurs créances nées antérieurement à la procédure ? Pourquoi ce créancier particulier bénéficie-t-il d'un traitement si favorable alors que de véritables propriétaires peuvent se voir imposer des sacrifices bien plus importants, dont des remises de dettes ? Il nous semble que cette disposition, qui ne dispose pas d'un fondement solide, devrait être abrogée¹. Cette abrogation pourrait d'autant mieux se comprendre que les textes du Code de commerce relatifs aux comités de créanciers prévoient expressément la possibilité d'un traitement différencié de certains de leurs membres « *si les différences de situation le justifient* »².

711. Ce traitement différencié peut donc servir ou desservir la cause des titulaires de sûretés selon le critère de distinction employé, ce qui implique qu'ils ne disposeront pas systématiquement d'un pouvoir sur le déroulement de la procédure. S'ils sont minoritaires, ils peuvent tout aussi bien se faire « écraser »³, les comités votant les projets de plan à la majorité des deux tiers du montant des créances des membres présents le jour du vote⁴. Lorsque la majorité a été obtenue dans les deux comités, le tribunal statue sur le projet de plan retenu, le seul garde-fou préservant les intérêts des titulaires de sûretés étant constitué par la vérification de ce que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés⁵, formule assez compréhensive pour que ces créanciers soient tenus de subir des sacrifices considérables si la majorité le souhaite. De manière générale, il faudrait donc conseiller au fournisseur dont la créance ne représente pas 3% du montant total des créances des fournisseurs de refuser la proposition de l'administrateur visant à l'y intégrer⁶. La réforme à venir, rendue nécessaire par

¹ V. également, dubitatif, P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 633.591, p. 2204. *Contra*, plutôt favorable à la généralisation de cette faveur à tous les titulaires de sûretés réelles, O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », art. précité.

² Art. L. 626-30-2, al. 2 C. com.

³ Il est même parfois fait référence à la « *dictature* » des créanciers majoritaires au sein des comités, v. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 912, p. 398, ou encore au « *cadeau empoisonné* » que constitue la participation aux comités, v. R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 226. V. également, filant la métaphore animalière, C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 16, n° 26 : « *faisant voter les chiens avec les chats et les grenouilles, elle [la composition des comités] soumet le créancier bardé de sûretés réelles autres que fiduciaires au risque de les voir anéantir par le diktat d'un comité dominé par des créanciers chirographaires* ».

⁴ Art. L. 626-30-2, al. 4 C. com.

⁵ Art. L. 626-31, al. 1 C. com.

⁶ Art. L. 626-30, al. 3 C. com. En ce sens, R. Dammann et G. Podeur, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009. 2094, n° 21 : « *En pratique, les petits fournisseurs n'auront intérêt à accepter une telle invitation que dans la mesure où ils pourraient agir de concert avec d'autres fournisseurs et ainsi former une minorité de blocage* ».

l'obligation de transposer la directive européenne du 20 juin 2019, est toutefois de nature à renforcer les droits des titulaires de sûretés, de manière peut être excessive.

712. Droit prospectif : l'intérêt des classes de créanciers. Alors qu'aujourd'hui, la titularité d'une sûreté réelle offre seulement une possibilité d'être mieux traité qu'un simple créancier chirographaire dans le cadre des consultations individuelles et collectives, les choses seraient appelées à changer avec la transposition de la directive européenne du 20 juin 2019. L'introduction prévue de classes de créanciers, sur le modèle du droit américain – qui a également inspiré la création des groupes de créanciers en droit allemand¹ –, pourrait en effet augmenter le poids des bénéficiaires de sûretés réelles sur le déroulement de la procédure². Il faut toutefois déterminer précisément le périmètre de l'innovation, un débat ayant eu lieu sur le point de savoir si toutes nos procédures devaient être concernées : la directive ne vise que les « *procédures de restructuration préventive* », ce qui n'incluait, selon une partie de la doctrine, que la conciliation, la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée³. Or, l'article 196 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite « loi PACTE ») indique clairement que la transposition de la directive en droit interne inclura notamment le remplacement des comités que connaissait la réglementation applicable au plan de sauvegarde par les classes de créanciers⁴. Ces textes étant applicables à l'adoption du plan de redressement judiciaire par renvoi⁵, il semblerait que les classes de créanciers aient un rôle à jouer dans toutes les procédures de restructuration, qu'elles soient préventives ou non⁶. Les mutations apportées par l'intégration du concept de classes de créanciers dans le droit français doivent en outre être clairement circonscrites quant à leur

¹ Sur lesquels, P. Ehret, « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *RPC* mai-juin 2019, dossier 18.

² En ce sens, S. Stankiewicz Murphy, « L'influence du droit américain de la faillite et les créanciers en droit français : présent et futur », *RLDA* mars 2012. V. également, estimant que le texte va provoquer un « *bouleversement* » du droit français et le propulser dans « *une nouvelle ère* », M. Menjucq, « Un rééquilibrage au profit des créanciers », *Banque*, suppl. au n° 838, déc. 2019, p. 72 et s.

³ V. not. R. Dammann et M. Boché-Robinet, « Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe », *D.* 2017. 1264.

⁴ L'art. 196, I, 1° indique ainsi que la mise en conformité du droit français au droit européen doit s'effectuer notamment « *en remplaçant les dispositions relatives à l'adoption des plans de sauvegarde en présence de comités de créanciers par des dispositions relatives à une procédure d'adoption de ces plans par des classes de créanciers* ».

⁵ Art. L. 631-19 C. com.

⁶ J.-L. Vallens, « Les classes de créanciers, approche de droit comparé », *RPC* mai-juin 2019, dossier 17, n° 1. La solution retenue pourrait même passer par la fusion des procédures de sauvegarde et de redressement, v. H. Bourbouloux in M. Menjucq, H. Bourbouloux, S. Gorrias et L. Spizzichino, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *RPC* mai-juin 2019, table ronde n° 2.

substance. Elles ont lieu d'une part lors de la constitution des classes, d'autre part lors de l'adoption du plan.

713. La composition des classes. La souplesse dans le regroupement des créanciers par catégories est, sans conteste, la différence majeure du système des classes avec notre système actuel. Là où le droit français est dirigiste, imposant deux comités – voire trois s'il existe des obligataires – et leur composition précise, le système de classes, tel qu'il est connu en droit américain ou allemand, laisse une grande liberté au débiteur. Celui-ci peut ainsi constituer autant de classes qu'il le souhaite et désigner librement leurs membres, la seule limite à sa liberté de choix se trouvant dans la nécessité d'un traitement homogène des créanciers, reposant sur l'identité de nature des créances. L'article 9 de la directive indique à ce sujet qu'il faut pouvoir caractériser une « *communauté d'intérêt suffisante* » entre les différents membres d'une classe¹. L'initiateur du projet de plan – le mandataire judiciaire en droit français – sera tenu de distinguer, au minimum, la classe des créanciers garantis de celle des créanciers chirographaires. Ce guide est largement insuffisant², la nécessité de distinguer davantage entre les différents créanciers titulaires de sûretés réelles se faisant immédiatement sentir : comment traiter ensemble le créancier fiduciaire et le créancier hypothécaire, qui sont loin de bénéficier des mêmes droits dans la procédure collective³ ?

714. Il paraîtrait alors plus cohérent de placer dans une classe les créanciers fiduciaires sans convention de mise à disposition et les rétenteurs matériels, qui disposent d'un droit véritablement inexpugnable, seul le paiement pouvant les pousser à se déposséder du bien

¹ C'est également le critère utilisé en droit américain pour s'assurer du respect du principe de l'égalité des créanciers au sein de chaque classe, v. § 1222 (a) USC ainsi que M. Tanger, *La faillite en droit fédéral des Etats-Unis*, préf. J. Larrieu, Economica, 2002, p. 383. La proposition de directive du 22 novembre 2016 était un peu plus précise. Elle posait en effet dans son art. 9.2 le critère de la titularité de « *droits suffisamment similaires* » pour caractériser la communauté d'intérêt entre les membres d'une classe, précision qui n'a pas été reprise en 2019.

² Les solutions retenues par le droit allemand sont plus instructives. En général, le débiteur est tenu de distinguer au moins cinq classes, la première étant constituée des titulaires de sûretés, la deuxième des chirographaires non-subordonnés, la troisième des chirographaires de rang inférieur et la quatrième des détenteurs de parts et droits sociaux. Les salariés sont souvent constitués en une classe isolée. Sur cette répartition, v. R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », art. précité, p. 229 et s., ainsi que P. Ehret, « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », art. précité, n° 7.

³ Pour des propositions de répartition des titulaires de garanties réelles entre différentes classes, v. R. Dammann et M. Guermontprez, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.* 2018. 629 ; T. Montéran, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. Pal.* 24 janv. 2008, p. 3 et s. ; B. Soenne, « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives) », *D.* 2004. 1506, n° 16 et s. ; J.-L. Vallens, « L'avènement des classes de créanciers, une révolution pour les sûretés réelles ? », *RPC* juill.-août 2018, dossier 17, n° 4.

détenu. Une autre classe comprendrait les titulaires de fiducies avec convention de mise à disposition, les rétenteurs fictifs, les vendeurs réservataires ainsi que les crédits-bailleurs, qui se trouvent dans des situations similaires sans être identiques. En effet, ces quatre catégories de créanciers disposent d'un droit exclusif leur permettant, en cas de cession ou de liquidation du débiteur, d'appréhender la totalité de la valeur de l'assiette de leur garantie¹, mais sont obligés de laisser le débiteur en possession de son bien dans les conditions fixées par le Livre VI du Code de commerce. Les créanciers hypothécaires viendraient ensuite, leur sûreté leur permettant d'atteindre un rang convenable en cas de liquidation judiciaire. Les autres titulaires de sûretés réelles sans dépossession fermeraient la marche, le rang de leur droit de préférence ne les autorisant à percevoir que de faibles sommes². Les salariés, les administrations fiscales et sociales ainsi que les titulaires du privilège de la conciliation et de *post money*³ devraient probablement être traités à part, les deux premiers en raison de la formulation de la directive⁴, les derniers en raison de l'état actuel du droit positif⁵.

715. Les créanciers chirographaires eux-mêmes devraient être répartis en plusieurs classes pour tenir compte tant des accords de subordination que du fait que les actionnaires ne doivent pas être titulaires d'un pouvoir de blocage dans le processus d'élaboration du plan⁶. On peut imaginer que, dans un premier temps, une pluie de recours s'abatte sur les tribunaux de

¹ Ce qui implique que « *sauf à modifier le sort des sûretés réelles classiques en liquidation judiciaire, la réception du critère du meilleur intérêt des créanciers conduirait donc à conforter l'utilité des sûretés réelles les plus archaïques* » (C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 449, p. 411).

² L'observation du droit allemand plaide cependant en faveur d'un système encore plus complexe. Le vendeur réservataire ne fait pas partie des classes allemandes, étant donné qu'il peut récupérer librement ses biens. L'état actuel du droit positif français n'incite-t-il pas à se prononcer en un sens similaire ? Ce serait pourtant encore accentuer le fossé qui sépare le régime des sûretés réelles de celui offert aux garanties exclusives. Par ailleurs, M. Dammann estime que les créanciers privilégiés devraient chacun appartenir à une classe qui leur serait propre mais, le droit allemand des procédures collectives ne connaissant pas de privilèges, les solutions qu'il retient ne peuvent être d'une aide quelconque en ce domaine. Une interprétation large de la « *communauté d'intérêts* » entre les créanciers paraît alors indispensable si l'on ne veut pas multiplier à l'excès le nombre de classes – et donc le nombre de contestations pouvant être soulevées... Sur tous ces points, v. M. Menjucq, J. Baron, R. Dammann et P. Ehret, « Le droit allemand de l'insolvabilité : un modèle pour la transposition de la directive restructurations préventives en droit français ? », *RPC* janv.-fév. 2020, table ronde n° 1.

³ Art. 5, IV de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19.

⁴ V. le considérant 44 de la directive du 20 juin 2019 ainsi que J.-L. Vallens, « Les classes de créanciers, approche de droit comparé », art. précité, n° 4.

⁵ Étant donné que le législateur est appelé à supprimer la notion de comité pour la remplacer par celle de classe (v. l'art. 196 de la loi « PACTE », cité *supra*, n. 4, p. 575), il est probable que le régime applicable aujourd'hui aux comités soit appliqué demain aux classes, sous réserve de son incompatibilité avec le droit issu de la directive. La protection des bénéficiaires du privilège de l'art. L. 611-11 C. com. pourrait donc se maintenir. V. M. Boché-Robinet in M. Menjucq, M. Boché-Robinet, M. Chernet, L. Jouve et C. Thévenot, « L'élaboration des plans », *RPC* janv.-fév. 2019, table ronde n° 1.

⁶ V. l'art. 12 de la directive du 20 juin 2019. Encore une fois, la proposition de directive était plus précise que le texte définitif, son art. 12. 2 ouvrant expressément au législateur national la possibilité de forcer la constitution de classes d'actionnaires pour les empêcher de bloquer à eux seuls l'adoption d'un plan de restructuration.

commerce chargés de vérifier l'homogénéité des classes et ce d'autant plus que, la directive indiquant qu'il est possible de tenir compte de l'évaluation de la sûreté dans la composition des classes¹, il est légitime d'imaginer que l'appartenance à une classe ne soit pas nécessairement exclusive. Sur le modèle actuel de la fiducie-sûreté, les titulaires de sûretés réelles devraient sans doute participer à une des classes de créanciers garantis pour la fraction garantie de leur créance, et à la classe des partenaires chirographaires de l'entreprise pour le reliquat². Si le législateur national décidait de retenir cette solution, le contentieux sur la « valeur de la sûreté » ne manquerait pas de faire rage...

716. On le voit, la souplesse offerte au débiteur dans la négociation des modalités de sa restructuration ne constitue tout de même pas la panacée. Le traitement différencié des classes de créanciers favorisera nécessairement les titulaires de garanties au détriment des créanciers chirographaires – le principe de soumission à des délais uniformes pour les créanciers garantis et chirographaires étant appelé à disparaître dans les procédures concernées par le regroupement des créanciers en classes³ –, mais cela ne se fera pas sans heurts, et l'on devra attendre quelques années avant de pouvoir se prononcer définitivement sur la portée de l'innovation qu'il constitue. En toute hypothèse, l'articulation actuelle des sûretés avec le droit des procédures collectives risque de rendre excessivement complexe la répartition des créanciers entre les différentes classes en raison de la diversité des prérogatives reconnues aux créanciers munis de garanties. Il paraît indispensable de procéder à une simplification du droit positif par la consécration de principes communs applicables à tous les créanciers, l'harmonisation de leurs droits constituant le préalable à la possibilité de transposer de manière efficiente le système des classes. Une remarque identique peut être formulée pour les modifications que le droit français devrait connaître du fait de la transposition de la directive quant à la phase d'adoption du plan : comme le droit américain dont le législateur européen s'est inspiré, le texte prévoit un certain nombre de protections afin d'éviter que les intérêts des membres des classes ne soient lésés par le mode collectif de consultation des créanciers⁴, mais il est difficile de se prononcer

¹ V. le considérant 44 de la directive du 20 juin 2019.

² En ce sens, R. Dammann et M. Boché-Robinet, art. précité, ainsi que R. Dammann et M. Guermontez, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », art. précité.

³ En effet, l'application du principe d'égalité des créanciers serait dorénavant cantonnée aux membres des différentes classes entre eux, et non à l'ensemble des créanciers, v. l'art. 10. 2. b) de la directive du 20 juin 2019.

⁴ Par le système des classes, de manière flagrante, le droit américain de la restructuration des entreprises fait une place bien plus importante aux « créanciers du passé » que le droit français, v. M. Tanger, th. précitée, p. 382.

aujourd'hui sur la portée des changements à venir, trop de paramètres demeurant flous et nécessitant un certain recul que seule l'interprétation jurisprudentielle peut fournir.

717. La protection offerte aux créanciers dans le contexte des classes. Si la majorité des créanciers au sein de chaque classe vote en faveur du plan¹, celui-ci sera adopté sous réserve du respect des droits des créanciers minoritaires. La première protection de ces créanciers dissidents repose sur le *best interest test*, obligeant le tribunal à vérifier que l'adoption du plan ne lèse pas le créancier récalcitrant² et lui permette d'obtenir au moins la somme qui lui aurait été versée au titre d'une liquidation ou d'une cession immédiate³. La situation actuelle, dans laquelle la majorité des fournisseurs chirographaires peut imposer de forts délais et remises aux fournisseurs titulaires de sûretés, serait alors inconcevable dans le système des classes. Le vote de titulaires de droits similaires dans chaque catégorie bannirait ainsi la « tyrannie de la majorité ». Le crédit-bailleur n'a, en principe, aucun intérêt à nuire au vendeur réservataire et ne tirerait aucun profit de la diminution de ses droits. Toutefois, si l'idée est bonne et son adoption de nature à renforcer de manière appréciable les prérogatives des titulaires de sûretés, l'innovation pourrait atterrir sur deux points. Tout d'abord, d'un point de vue théorique, la référence à la valeur de l'entreprise en cas de cession immédiate et isolée de tous ses biens ne paraît pas adaptée. L'entreprise qui peut être redressée – c'est-à-dire précisément celle qui peut bénéficier d'un plan de sauvegarde ou de redressement – possède une valeur supérieure à celle qui doit être immédiatement démantelée, faute de perspectives de continuation de l'exploitation. Il vaudrait alors mieux ne faire référence qu'à la valeur de cession de l'entreprise,

¹ On peut imaginer que le législateur décide de conserver la règle majoritaire des deux tiers du montant des créances. Cette règle est compatible avec la directive, dont l'art. 9. 6 prévoit uniquement que la majorité prévue par les Etats Membres ne peut pas excéder 75% du montant des créances de chaque classe.

² Il faut bien noter que, contrairement à ce qui se passe en matière de comités, le rôle du tribunal est minime selon les dispositions de la directive. Ce sont les créanciers qui votent le plan, le tribunal se bornant à trancher les litiges relatifs à la composition des classes ou au vote du plan. En ce sens, T. Bonneau, « Le mécanisme dit du *cross-class cram-down* », *RPC* mars-avril 2020, études 11, n° 3 : « *que ce soient des plans de redressement ou des plans de sauvegarde, il s'agit de plans imposés par le tribunal. Certes, on peut souligner, à propos du plan de sauvegarde, que le débiteur propose le plan et que l'accord des créanciers doit être sollicité, individuellement ou collectivement, en matière de délais et de remises. Mais cette contractualisation, également caractérisée par le vote des comités des créanciers, lorsqu'il en existe, ne fait pas du plan un acte conclu avec les créanciers. Le plan de sauvegarde est un acte adopté par le tribunal ; il en est de même du plan de redressement* ».

³ V. l'art. 10. 2 d) de la directive, exposant que le plan de restructuration ne peut être adopté par une autorité judiciaire que s'il « satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers », le considérant 52 faisant une référence transparente au *best interest test*. Il est à noter que le droit américain n'effectue la comparaison que par rapport à la valeur liquidative immédiate, sans référence à une quelconque cession, v. art. 11 USC §1129 (a) (7) : « *With respect to each impaired class of claims or interests : each holder of a claim or interest of such class has accepted the plan or will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date* ».

ce qui suppose que l'on s'intéresse à un débiteur de plus grande valeur, permettant ainsi une protection accrue de toutes les parties en présence¹. De plus, d'un point de vue pratique, la détermination de la valeur de l'entreprise « en restructuration », puis « en cas de cession globale » paraît complexe. La directive prévoit certes que la valeur soit fixée par expertise, mais il n'en demeure pas moins que l'exercice reste très aléatoire², comparable même à la lecture de l'avenir dans une boule de cristal³, ce qui risque encore une fois de déboucher sur de longs contentieux. La réalisation pratique de cette belle idée risque donc d'être fort complexe⁴.

718. La deuxième protection fonctionne au profit des membres des classes dissidentes. Il se peut en effet que certaines classes aient voté en faveur du plan, et d'autres non⁵. Pour savoir si le tribunal peut recourir à l'application forcée interclasse (*cross-class cram down*) et imposer aux classes réfractaires la décision d'une seule ou de la majorité des classes favorables à l'adoption du plan⁶, il doit vérifier, outre l'application du *best interest test*, que la règle de la priorité absolue (*absolute priority rule*) a été respectée, autrement dit que les membres d'une classe dissidente ne seront pas payés après les membres d'une autre classe qui a voté en faveur du plan mais lui est hiérarchiquement inférieure⁷. Il s'agit donc essentiellement de faire respecter les accords de subordination passés entre les créanciers⁸. Le sujet déborde de la

¹ M. Houssin, « Le test du respect des intérêts des créanciers ou « *best interest test* » », *RPC* juill.-août 2018, étude 19, n° 11. V. également F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1280, p. 582, estimant que la seule référence à la valeur liquidative de l'entreprise risque de raréfier le nombre de cessions globales.

² En droit allemand, il apparaît qu'une marge d'incertitude de 50% est acceptable, v. R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », art. précité, p. 238. L'opération serait en outre très coûteuse, en raison des probables « *batailles d'experts* » auxquelles se livreront les parties, v. F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1085, p. 467.

³ En ce sens, on peut citer la décision américaine rendue par le juge Lynn, *In re Mirant Corp*, 334 B. R. 800 (Bankr. N. D. Tex. 2005) : « *At best, the valuation of an enterprise like Mirant Group is an exercise in educated guesswork. At worst it is not much more than crystal ball gazing. There are too many variables, too many moving pieces in the calculation of value of Mirant Group for the court to have great confidence that the result of the process will prove accurate in the future [...] It may be that there are better ways to determine value than through courtroom dialectic. That said, the court must work within the system created by Congress* » (c'est nous qui soulignons).

⁴ Rapp. M. Laroche, « Les classes de créanciers : promesses et risques », *APC* sept. 2019, repère 190. Et ce d'autant plus qu'en droit français, le coût de la restructuration sociale est extrêmement élevé. Il faut alors faire preuve de pédagogie et expliquer aux créanciers que la reprise des contrats de travail par le cessionnaire diminue fortement la somme d'argent qu'ils peuvent prélever sur le prix de cession globale de l'entreprise, mais que le coût du licenciement de ces mêmes salariés en cas de liquidation du débiteur par cession isolée de ses biens serait bien plus élevé... V. H. Bourbouloux, in M. Menjucq, H. Bourbouloux, S. Gorrias et L. Spizzichino, table ronde précitée.

⁵ L'évolution par rapport aux règles actuellement applicables aux comités est très visible : alors que le tribunal ne statue sur le projet de plan proposé par les comités que s'ils ont tous voté en sa faveur (art. L. 626-31 C. com.), celui-ci aura les moyens d'imposer le plan à des classes qui ont voté contre.

⁶ Sur cette condition, v. l'art. 11. 1 b) de la directive du 20 juin 2019.

⁷ Le droit allemand préfère mettre en œuvre le critère de la « participation équitable », qui est plus large, v. P. Ehret, « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », art. précité, n° 11.

⁸ Cette règle ne semble pas jouer au profit des titulaires de sûretés réelles en droit allemand, v. R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », art. précité, p. 241.

présente étude, et l'on se contentera d'indiquer que les actionnaires et détenteurs de capital, qui ne doivent pas empêcher la restructuration du débiteur, devraient logiquement être payés en dernier¹.

719. L'instauration des classes de créanciers, révélateur de l'incohérence du traitement des garanties réelles². La garantie réelle est donc appelée à prendre davantage d'importance dans le droit des procédures collectives. Bientôt, elle ne permettra plus seulement à son titulaire d'échapper à certaines conséquences de la défaillance du débiteur ou d'être désintéressé plus rapidement ou plus complètement que ses concurrents, mais elle conférera également un véritable pouvoir sur le déroulement de la procédure au travers des classes de créanciers et de l'application du *best interest test* et de l'*absolute priority rule*. Le redressement – et notamment l'arrêt d'un plan de cession³ – ne devrait plus se faire au détriment des créanciers, mais en étroite collaboration entre l'entreprise en difficulté et ses partenaires. Il faut s'en féliciter : un plan négocié par toutes les parties intéressées est un plan dont on accepte plus facilement l'exécution⁴. Le tableau idyllique est toutefois entaché de nombreuses incertitudes quant à la mise en œuvre des innovations portées par la directive, qui ne pourront être dissipées qu'une fois la transposition effectuée, lorsque les juridictions nationales auront été saisies des problèmes saillants tels que la composition des classes ou la mise en œuvre du *best interest test*⁵.

¹ V. l'art. 12 de la directive du 20 juin 2019 ainsi que C. Thévenot in M. Menjuq, M. Boché-Robinet, M. Chernet, L. Jouve et C. Thévenot, table ronde précitée. V. également, en matière de droit américain de la faillite, M. Tanger, th. précitée, p. 384 et 389.

² Comp. C. Saint-Alary-Houin, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, T. 1, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 389 et s., n° 105 : « Par ses objectifs économiques et ses visées impérialistes, le droit des entreprises en difficulté oblige les autres branches du droit à s'interroger sur leurs propres concepts. Il joue un peu un rôle de révélateur de leurs incertitudes. Le droit des faillites n'a pas nécessairement les vertus de l'exemplarité ou de la juste analyse, mais sans aucun doute, il a pour intérêt de conduire à un approfondissement des notions et à la prise de conscience des insuffisances de certaines réflexions ».

³ Sur les sacrifices considérables imposés aux titulaires de sûretés préférentielles par ce plan, v. *infra*, n° 733 et s.

⁴ Rappr. F. Pérochon, « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in F. Macorig-Venier (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, n° 8, p. 115 : « nos comités de créanciers devraient [...] être remplacés à terme par des classes homogènes de créanciers, l'homogénéité suffisant à éviter que la loi de la majorité puisse tourner à la dictature, comme le permet notre droit. De plus, alors que celui-ci est dépourvu de garde-fou objectif protégeant les créanciers contre le risque de sacrifices excessifs [...], la consécration suggérée du « best interest of creditors test » [...] réduira considérablement le risque de spoliation, tout créancier ayant l'assurance de n'être pas moins bien traité en cas de sauvetage de l'entreprise qu'il ne le serait dans la liquidation judiciaire. La solution est heureuse ».

⁵ C'est également l'avis des praticiens appelés à mettre en œuvre cette réforme, v. not. L. Spizzichino in M. Menjuq, H. Bourbouloux, S. Gorrias et L. Spizzichino, table ronde précitée, à propos du temps que prend la constitution des classes et du surcoût causé par la nécessité de recourir à des experts pour valoriser l'entreprise.

720. Au-delà de ces incertitudes techniques, il faut surtout espérer que la traduction française des dispositions de la directive européenne ne se manifeste pas sous les traits de l'apparition d'un pouvoir de veto au profit des créanciers – essentiellement les titulaires de droits exclusifs, aujourd'hui quasiment assurés de percevoir le montant de leur créance en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire – qui auraient tendance à opter en faveur de la liquidation judiciaire afin de percevoir rapidement une portion de leur créance, au détriment des chances de redressement de l'entreprise en difficulté¹. Le législateur du droit des procédures collectives est ici renvoyé aux errements du législateur du droit des sûretés réelles : en favorisant à l'excès les droits exclusifs au détriment du droit de préférence, il rend le redressement de l'entreprise de moins en moins probable. Les sûretés traditionnelles ont été laminées dans l'optique de maintenir l'activité économique de l'entreprise et de sauver les emplois qui y sont attachés, ce qui a favorisé l'essor des garanties exclusives, appelées à rendre le redressement impossible avec l'instauration du *best interest test*. Afin de sortir de l'impasse, et si le législateur désire toujours sauver les entreprises en difficulté, l'efficacité de l'exclusivité doit nécessairement être battue en brèche. Dans le cadre des classes de créanciers, seuls des titulaires de sûretés préférentielles subissant des sacrifices raisonnables, y compris au cours de la liquidation judiciaire du débiteur, accepteraient de voter un plan de restructuration. Un créancier exclusif sûr de sa force en cas d'ouverture d'une liquidation n'y a, en revanche, aucun intérêt. Il faut donc faire un choix, et le plus tôt sera le mieux : le législateur doit déterminer sa priorité entre le redressement des entreprises en difficulté et le paiement des créanciers. Si la première option est choisie, seuls le renforcement de l'efficacité du droit de préférence et l'écrasement des droits exclusifs pourront permettre d'atteindre une saine articulation entre le

¹ Rapp. C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 454, p. 415 : « *Le changement qui s'annonce est donc potentiellement considérable : le critère du meilleur intérêt des créanciers pourrait devenir l'épicentre de la distinction entre procédures de restructuration et procédures de liquidation. Il n'est en effet pas douteux que, dans certaines procédures, la stricte application du critère du meilleur intérêt des créanciers conduira fatalement à rendre inenvisageable l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, même dans l'hypothèse où la restructuration ne serait nullement chimérique [...] A tout le moins, si la règle devait être intégrée en droit français, des précisions quant à l'étendue des pouvoirs du tribunal de la procédure devraient être apportées. Plutôt que de rejeter intégralement le plan ne respectant prétendument pas suffisamment les intérêts des créanciers, il serait au contraire souhaitable, a minima, de lui permettre d'en évincer les dispositions contestées, en réduisant les remises et délais imposés aux créanciers réfractaires* ». Déjà en 1976, un auteur estimait qu'« *il est désormais anachronique qu'en situation de règlement judiciaire, il n'y ait absolument aucun recours devant la volonté d'un créancier hypothécaire ou privilégié dont le veto provoque irrémédiablement l'échec de la solution raisonnable sauvant l'entreprise qui avait été envisagée* » (B. Soinne, « *Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite* », *D.* 1976. chron. XLIII, p. 261).

droit des procédures collectives et le droit des sûretés¹. Dans le cas contraire, c'en sera fini des plans de restructuration.

B) Sûretés réelles et exécution du plan

721. Les limites de la procédure collective. Une fois le plan arrêté, tous les créanciers inscrits sont réglés suivant ses modalités. Les créanciers « acceptants » subissent donc les délais et remises qu'ils ont individuellement accepté ou qu'on leur a imposé par le biais des comités, tandis que les créanciers « réfractaires », consultés individuellement, sont tous soumis à des délais uniformes. Le plan pouvant être analysé comme un contrat judiciaire², sa force obligatoire s'impose à tous ses signataires. La titularité d'une sûreté réelle ne change rien au règlement collectif des créanciers, régi avant tout par le principe d'égalité.

722. Cette égalité ne joue toutefois que dans les limites de la procédure collective, ce qui rend leur détermination essentielle pour les créanciers privilégiés. Après quelques hésitations jurisprudentielles, certaines décisions fixant la date de fin de la procédure au jour du jugement adoptant le plan de continuation³, d'autres au jour du constat de la fin de l'exécution du plan⁴, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a tranché en faveur de la première solution. La clôture administrative de la procédure, par ordonnance du président du tribunal de commerce, doit être prononcée dès que l'administrateur et le mandataire judiciaires ont effectué leur reddition de comptes⁵. C'est dire non que l'exécution du plan se déroule hors de la procédure à proprement parler⁶, mais que la décision administrative de clôture met fin à la restriction des pouvoirs du débiteur⁷. S'agissant de l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le débiteur n'est nécessairement plus en état de cessation des paiements à cette date. Il possède

¹ Pour des propositions de nature à atteindre cet objectif, v. *infra*, n° 756 et s.

² A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *op. cit.*, n° 748 et s., p. 460 et s.

³ Com., 24 mars 2004, *Bull. civ. IV*, n° 61, p. 62 (n° 02-18048) : « le jugement arrêtant le plan de continuation avait mis fin à la procédure collective ».

⁴ Com., 18 mars 2008, *Bull. civ. IV*, n° 65 (n° 06-21306), estimant qu'une procédure n'était pas en cours au 1^{er} janvier 2006 en raison de la résolution du plan de continuation le 27 décembre 2005.

⁵ V. les art. L. 626-24 et R. 626-42 C. com.

⁶ En ce sens, F. Pérochon, *op. cit.*, n° 896, p. 391

⁷ P.-M. Le Corre, « Les clôtures », *RPC* mars-avril 2008, dossier 14, n° 8, p. 137.

suffisamment d'actif disponible pour payer son passif exigible selon les termes du plan : il est donc à nouveau *in bonis*.

723. Une conséquence importante de ce que le débiteur est redevenu maître de ses biens après l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement a été relevée par la jurisprudence : il bénéficie à nouveau, sauf exception, d'une pleine liberté de gestion patrimoniale, « l'effet réel » de la procédure étant levé. Il peut ainsi disposer comme il le souhaite des biens qui ne sont pas déclarés inaliénables¹ ni cédés dans le plan², et ainsi exclus de l'effet réel de la procédure. Toutefois, si ces biens « *hors procédure* » sont grevés de sûretés réelles et vendus, le créancier bénéficiaire d'une sûreté conventionnelle de premier rang doit se voir remettre les fonds dans la limite du montant de sa créance³. S'il n'est pas inscrit au plan, il s'agit là d'une « *divine surprise* »⁴. S'il est inscrit au plan, cette somme doit nécessairement venir en déduction des dividendes à recevoir. Dans tous les cas, la somme passe directement du patrimoine du débiteur à celui du créancier, sans transiter par les mains du commissaire à l'exécution du plan, sans pouvoir être appréhendée par les créanciers titulaires de privilèges de la procédure collective.

724. La solution se comprend parfaitement : l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement entraîne le retour de l'application du droit commun des articles 2284 et 2285 du Code civil au patrimoine du débiteur redevenu *in bonis*⁵. D'une part, le jeu de l'article 2284 du Code civil implique que, si les créanciers inscrits reçoivent leur dû au terme de l'exécution du plan, ils sont remplis de leurs droits et ne peuvent obtenir davantage, sauf stipulation d'une

¹ Art. L. 626-14 C. com. Le tribunal n'use de cette faculté que pour empêcher le débiteur de céder – ou les créanciers de saisir – les biens nécessaires à la continuation de l'activité.

² Dans ce cas, lorsque la vente du bien est décidée dans le jugement arrêtant le plan, il y a lieu de faire jouer l'art. L. 626-22 C. com., le débiteur ne prend donc pas l'initiative de la vente et ne peut disposer de son produit comme bon lui semble. Il faut remettre les fonds au commissaire à l'exécution du plan qui les répartira selon le classement des droits de préférence des créanciers inscrits au plan, ce qui constitue une atteinte forte aux droits des titulaires de sûretés réelles sur ce bien. La logique est la même que pour les ventes passées au cours de la période d'observation, v. *supra*, n° 696.

³ Com., 21 février 2006, *Bull. civ. IV*, n° 46, p. 46 (n° 04-10187) ; *D.* 2006. 2250, obs. F.-X. Lucas : « *après l'arrêt du plan de continuation et sauf disposition contraire de celui-ci, le débiteur, redevenu maître de ses biens, peut disposer de ceux-ci ainsi que de leur prix, sans avoir à solliciter l'autorisation du tribunal ou du juge-commissaire, ses créanciers étant réglés selon les modalités du plan* ».

⁴ F.-X. Lucas, obs. précitées.

⁵ Ce qui signifie également que les propriétaires dont le droit était inopposable à la procédure peuvent à nouveau revendiquer leur bien, v. B. Amizet, « Le sort des biens non revendiqués », *RPC nov.-déc.* 2017, dossier 19, n° 7.

clause de retour à meilleure fortune¹ mais qu'en revanche, si un créancier n'a pas reçu la somme à laquelle il avait droit, il récupère son droit de poursuite individuelle contre le débiteur². D'autre part, par l'application de l'article 2285 du Code civil, seul le créancier disposant du meilleur rang sur le bien qui n'est pas affecté par l'exécution du plan – ni déclaré inaliénable, ni cédé – peut légitimement prétendre à recevoir son prix de vente. La titularité d'une sûreté préférentielle peut donc permettre à son bénéficiaire de se trouver dans la position la plus enviable qui soit, c'est-à-dire de bénéficier d'un désintéressement hors procédure³. Il ne faut pas affirmer pour autant que les garanties réelles ne sont jamais pleinement efficaces dans les plans de sauvegarde ou de redressement, certaines garanties exclusives permettant à leur bénéficiaire de tirer tout de même leur épingle du jeu.

725. La résistance des droits exclusifs. Au stade de l'élaboration et de l'exécution du plan de sauvegarde, la différence entre créanciers chirographaires et créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles s'estompe fortement, la force obligatoire du plan s'appliquant à tous. Néanmoins, il est indéniable que la distinction entre ces créanciers et les titulaires de garanties exclusives avec dépossession subsiste. En ce qui concerne les titulaires de garanties exclusives dont l'assiette se trouve entre les mains du débiteur au cours de l'exécution du plan, le principe est l'application de la discipline collective. Ces créanciers sont réglés selon les modalités prévues par le plan. C'est ainsi que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition est traité comme un créancier *lambda*, payé par les dividendes du plan⁴. Il lui est toujours impossible de réaliser sa sûreté. La paralysie de son droit exclusif n'appelle aucun commentaire, la fiducie-sûreté possédant une vocation naturelle à être traitée comme une sûreté traditionnelle. En revanche, la propriété réservée obéit à un régime plus favorable.

¹ Sur laquelle, v. O. Playoust, « Contribution à la moralisation du droit des procédures collectives : la clause de retour à meilleure fortune », *RPC* 1994, p. 349 et s. Pour un modèle de clause, v. T. Jacomet et A. Béjinaru, « La clause de retour à meilleure fortune », *BJS* mai 1996, p. 365 et s.

² Com., 8 avril 2015, *Bull. civ.* IV, n° 65 (n° 13-28061) : « ayant exactement énoncé que lorsque le plan de continuation est arrivé à son terme sans avoir fait l'objet d'une décision de résolution, le créancier recouvre son droit de poursuite individuelle contre le débiteur, la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas allégué que la créance avait fait l'objet d'une remise, n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 873 du code de procédure civile en allouant une provision correspondant au montant de la créance telle que fixée au passif de la procédure par arrêt du 20 novembre 1998 ».

³ Comp. toutefois, estimant qu'il s'agit là d'une solution *contra legem* vis-à-vis de l'art. L. 626-22 C. com., F. Pérochon, « La discipline collective », art. précité, n° 30, p. 16.

⁴ S. Farhi, th. précitée, n° 533, p. 388.

726. En effet, le droit de propriété conservé par le crédit-bailleur lui permet une protection bien plus importante, quoique non absolue. Qu'on en juge : aux termes de l'article L. 626-18, alinéa 7, du Code de commerce, la levée d'option du contrat de crédit-bail au cours de l'exécution du plan ne peut intervenir qu'après paiement intégral du crédit-bailleur, déduction faite des remises prévues par le plan¹. C'est dire que, dans la majorité des procédures, qui se déroulent sans l'intervention des comités de créanciers², le crédit-bailleur a toujours la possibilité d'être payé intégralement. Si son bien est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise, il n'a qu'à rejeter les propositions formulées par le mandataire judiciaire pour se voir imposer des délais relativement aux créances de loyers impayés avant l'ouverture de la procédure, mais non des remises. En revanche, la majorité des créanciers membres du comité des établissements de crédit pouvant imposer des remises de dettes au crédit-bailleur minoritaire, il est possible que le débiteur puisse lever l'option d'achat du matériel crédit-baillé malgré le paiement partiel du prix initialement convenu dans les procédures collectives relatives aux grandes entreprises. De même, le défaut de déclaration de sa créance pour les loyers impayés avant l'ouverture de la procédure devrait empêcher le crédit-bailleur de s'opposer à la levée de l'option sans paiement intégral³. Il n'en demeure pas moins que le principe applicable au crédit-bailleur se situe aux antipodes du régime auquel sont soumis les titulaires de sûretés réelles préférentielles, lui seul pouvant forcer le débiteur à lui payer intégralement sa créance au terme initialement prévu.

727. La situation est identique en matière de clause de réserve de propriété immobilière, et devrait l'être lorsqu'elle est constituée sur des biens meubles si l'on décidait de soumettre une telle vente au régime des contrats en cours⁴. A moins que le vendeur n'ait accepté des remises ou qu'on ne les lui ait imposées par le biais des comités de créanciers, le transfert de propriété ne devrait pouvoir se réaliser que par le paiement de l'intégralité des sommes prévues initialement au contrat, seul cet événement étant de nature à provoquer la mutation des biens

¹ Il est à noter que l'art. L. 626-18 ne fait plus référence aujourd'hui aux remises « acceptées » par le crédit-bailleur, ce qui était le cas avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014.

² Selon les chiffres avancés par C. Thévenot, sur les 16 000 procédures de redressement et sauvegarde annuelles, moins de 100 concerneraient des entreprises dépassant les seuils nécessaires à la mise en place des comités (M. Menjucq, M. Boché-Robinet, M. Chernet, L. Jouve et C. Thévenot, « L'élaboration des plans », table ronde précitée). C'est dire que les principes applicables aux procédures avec consultation individuelle des créanciers constituent la norme.

³ P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 522.421, p. 1450.

⁴ V. *supra*, n° 662 et s.

d'un patrimoine à l'autre¹. Le débiteur devrait toutefois être autorisé à conserver son emprise sur les biens réservés tant qu'il paye régulièrement les échéances de la créance de prix postérieures au jugement d'ouverture. La solution actuelle, aux termes de laquelle le vendeur réservataire de biens meubles peut revendiquer les biens vendus, sauf paiement intégral et immédiat de sa créance, jure avec le reste du droit positif cherchant à aménager un équilibre entre la poursuite de l'activité et l'intérêt des créanciers².

728. La distinction des garanties exclusives avec et sans dépossession tourne encore une fois à l'avantage des titulaires des premières citées. Le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté avec dépossession, qui n'est pas visé par l'interdiction prévue à l'article L. 622-23-1 du Code de commerce, peut ainsi librement procéder à la conversion de sa propriété fiduciaire en propriété pleine et entière dès l'exigibilité de sa créance³. De même, contrairement au droit de rétention fictif qui est toujours inopposable lors de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement⁴, le droit de rétention matériel permet à son titulaire de refuser de se déposséder du bien grevé tant que le paiement intégral de sa créance n'a pas été reçu. L'assujettissement à des délais de paiement ne doit pas diminuer les effets de la rétention⁵ et, si le tribunal décidait de la vente du bien retenu, on voit mal comment le débiteur pourrait se dispenser de remettre les fonds au rétenteur. Là encore, il serait nécessaire d'imposer un prélèvement forfaitaire de l'ordre de 10% des sommes perçues pour éviter à ces créanciers de remettre en cause le redressement⁶. Le taux du prélèvement ne devrait pas pouvoir excéder le taux de remise le plus élevé imposé aux autres créanciers par le plan. Le premier alinéa de l'article L. 626-19 du Code de commerce deviendrait ainsi le siège d'un principe général qui voudrait que tout créancier

¹ V. *supra*, n° 107 et s.

² P. Cagnoli, « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », *RPC* mai-juin 2015, dossier 39, n° 7 ; F. Pérochon, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », *Cah. dr. ent.* 2009/4, dossier 22.

³ Si le bénéficiaire d'une fiducie a déclaré sa créance dans sa totalité, il peut se voir imposer des délais de paiement uniformes dans le cas où il refuserait les propositions de règlement formulées par l'administrateur. Toutefois, s'il s'agit d'une fiducie-sûreté portant sur un bien nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise, les propositions formulées devraient être suffisamment attractives pour qu'il les accepte et que le débiteur puisse récupérer au plus vite la libre disposition de ces biens. En revanche, dans le cas d'une fiducie-sûreté dont l'assiette est constituée par un bien qui n'est pas indispensable à l'entreprise, le créancier fiduciaire devrait plutôt ne déclarer que la fraction non-garantie de sa créance pour qu'on ne puisse retarder l'exigibilité de sa créance et ainsi l'empêcher – même temporairement – de réaliser sa sûreté.

⁴ Art. L. 622-7, I, al. 2 C. com. Ceci implique que la vente du bien grevé au cours de l'exécution du plan ne nécessite pas le paiement de la créance du rétenteur fictif et n'a pas pour conséquence le report de ce droit sur le prix, sauf cession d'activité.

⁵ En ce sens, P. Cagnoli, « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », art. précité, n° 12 ; F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1004, p. 435.

⁶ Sur l'origine de ce pourcentage, v. *supra*, n° 670.

non-proprétaire puisse se voir imposer une réduction de sa créance en échange d'un paiement plus rapide que ce que prévoit le plan.

729. L'inexécution du plan. Si le plan n'est pas résolu, les choses se déroulent assez simplement. Ou bien les créanciers ont été payés suivant ses modalités, et l'on estime qu'ils sont désintéressés quand bien même une remise leur a été imposée¹, ou bien l'un des créanciers n'a pas reçu son dû et il est alors autorisé à mettre en œuvre son droit de poursuite individuelle à l'encontre du débiteur. La résolution du plan complique les choses, ce qui nécessite de distinguer deux hypothèses. Dans la première, le débiteur est défaillant dans l'exécution de l'un de ses engagements prévus dans le plan, qui peut ne pas être le paiement des dividendes. Le tribunal dispose alors d'une option entre le maintien du plan et sa résolution². Dans le cas où la résolution du plan est prononcée, le tribunal n'a aucune obligation d'ouvrir une nouvelle procédure, le débiteur se trouvant *in bonis*³. Les créanciers sont alors restaurés dans la totalité de leurs prérogatives. Le droit commun des articles 2284 et 2285 du Code civil retrouve son empire et le débiteur se voit obligé de payer intégralement⁴ les créances exigibles, déduction faite des dividendes reçus en exécution du plan. La sûreté réelle ne présente alors pas une importance considérable car, en principe, tous les créanciers devraient être payés.

730. Dans la seconde hypothèse, le tribunal n'a plus aucune liberté. Si la cessation des paiements du débiteur survient au cours de l'exécution du plan, le tribunal est tenu de prononcer sa résolution et d'ouvrir une nouvelle procédure, un redressement si l'entreprise peut être sauvée, une liquidation judiciaire si sa situation est irrémédiablement compromise⁵. L'ouverture de cette deuxième procédure fonctionne comme une session de rattrapage pour certains titulaires de garanties réelles. Les deux procédures étant partiellement autonomes, le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle est autorisé à compléter la déclaration effectuée dans

¹ Sauf stipulation d'une clause de retour à meilleure fortune.

² Art. L. 626-27, I, al. 2 C. com.

³ Une nouvelle procédure de sauvegarde pourrait toutefois être ouverte si le débiteur se trouvait malgré tout à nouveau face à des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter seul, v. l'art. L. 620-1 C. com.

⁴ En effet, les remises de dettes ne sont acquises au débiteur qu'une fois qu'il a exécuté intégralement le plan (art. L. 626-19, al. 2 C. com.).

⁵ Art. L. 626-27, I, al. 3 C. com.

la première procédure en ajoutant l'existence de la sûreté qu'il a pu omettre¹ ; le propriétaire qui n'avait pas revendiqué son bien dans la première procédure peut le faire dans la deuxième².

731. Il faut enfin constater que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté est, là encore, mieux traité que l'ensemble de ses pairs : l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire après résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement rend inapplicables les règles visant à tenir en échec la réalisation de la fiducie sans dépossession. Le transfert peut donc avoir lieu et la convention de mise à disposition n'est plus considérée comme un contrat en cours³. Il est légitime de s'interroger sur le fondement de ce traitement si favorable du créancier fiduciaire, là où les titulaires de sûretés classiques et les propriétaires demeurent soumis à la discipline collective. Aucune différence objective dans la situation des créanciers ne permettant de justifier la différence de régime, la restauration de la cohérence du droit des sûretés réelles dans les procédures collectives devrait passer par l'abrogation de cette disposition. Le fiduciaire dont l'assiette de la sûreté se trouve entre les mains du débiteur devrait, comme les autres créanciers, être tenu de participer au redressement de l'entreprise, qu'il s'agisse de la première ou de la deuxième procédure. Toujours est-il que ce brusque changement d'orientation ne fait qu'annoncer le traitement général des titulaires de garanties exclusives une fois qu'a été constatée l'impossibilité pour les dirigeants de redresser eux-mêmes l'entreprise. Si un plan de cession est adopté ou une cession isolée des actifs de l'entreprise décidée, alors, le droit des procédures collectives les autorise systématiquement à exercer leurs prérogatives, au mépris des possibilités de continuation de l'exploitation dans le premier cas et du caractère collectif de la procédure dans le second.

¹ Aux termes de l'art. L. 626-27, III C. com., le créancier qui a déclaré sa créance dans la première procédure est seulement dispensé de la déclarer à nouveau, mais rien ne lui interdit de modifier sa déclaration.

² Com., 20 juin 1995, n° 93-17009 : « la cour d'appel [...] a énoncé exactement que la résolution du plan de redressement entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement judiciaire distincte et autonome à laquelle s'appliquent les dispositions de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 et en a, à bon droit, déduit que le crédit-bailleur pouvait, dans le délai de trois mois du prononcé du jugement ouvrant cette nouvelle procédure, exercer une action en revendication sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il avait exercé cette action en revendication lors de la première procédure ».

³ Art. L. 631-14, al. 5 C. com.

§2) *Sûretés réelles et liquidation du débiteur*

732. Plan. Statistiquement, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire est le cas de figure le plus fréquent¹. L'étude du traitement des titulaires de sûretés conventionnelles présente donc à ce stade un intérêt capital. La liquidation judiciaire abrite toutefois deux procédures bien distinctes, à adopter en dernier recours. Le plan de cession ne doit ainsi être choisi que si la reprise interne est impossible², alors que la cession isolée ne peut être prononcée que lorsque l'activité ne peut être continuée³. Les deux issues de la procédure poursuivent néanmoins des objectifs distincts.

Même s'il est adopté en phase de liquidation judiciaire, le plan de cession ne doit pas être considéré comme une technique purement liquidative, ce qui justifierait que les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs prérogatives⁴. En effet, le plan de cession sert également la restructuration de l'entreprise ou de la branche d'activité cédée. Il faudrait ainsi continuer à paralyser les droits des créanciers lorsque leur mise en œuvre risquerait de compromettre le redressement (A).

Lorsque la cession isolée des biens est décidée, il est certain que l'entreprise malade ne pourra plus être sauvée. Il est logique que la procédure tende alors au paiement des créanciers. Pourtant, il est impossible de se satisfaire de l'état d'anarchie dans lequel se trouve aujourd'hui la liquidation judiciaire, qui permet à quelques-uns d'être intégralement payés et à tous les autres d'être égaux dans la misère. Il est nécessaire de se souvenir du caractère collectif de la liquidation judiciaire pour aboutir à un traitement plus juste du passif de l'entreprise⁵. La restauration de la cohérence du droit des sûretés dans les procédures collectives passe ainsi par

¹ Selon la collecte de chiffres du cabinet Altares pour l'année 2019, 68% des procédures ouvertes sont des liquidations judiciaires directes. A ce nombre, il faut ajouter toutes les procédures « indirectes » ouvertes à la suite de l'échec d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaires (l'étude est accessible à l'adresse <https://www.altares.com/fr/publications/etudes-defaillances-sauvegardes-entreprises/t4-bilan-2019/>).

² Art. L. 631-22, al. 1 C. com.

³ Art. L. 640-1, al. 1 C. com.

⁴ Sur les conséquences de l'inclusion du plan de cession dans la procédure de liquidation judiciaire, v. R. Dammann, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit* sept.-oct. 2005, pp. 17-18.

⁵ Par le passé, il a pu être affirmé que « *quel que soit le nom dont on baptise une procédure de concours, faillite, liquidation judiciaire, règlement judiciaire, ou liquidation des biens, le test essentiel pour juger le législateur, responsable de l'ins titution, est le dividende, qui revient à la piétaille des créanciers rassemblés à l'intérieur de la masse, sous la bannière de l'égalité* ». (G. Lagarde, « Communication » in *Actualités de droit de l'entreprise 1968*, Travaux de la faculté de droit de Montpellier, p. 81, cité par M.-J. Reymond de Gentile, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, préf. G. Lagarde, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, T. 25, 1973).

l'arrêt de la fuite en avant du législateur, qui confère toujours plus de droits exclusifs aux créanciers au lieu de re-collectiviser la liquidation (B).

A) *Sûretés réelles et plan de cession*

733. Le principe : le sacrifice des titulaires de sûretés préférentielles. Les créanciers titulaires de sûretés réelles redoutent par-dessus tout l'adoption d'un plan de cession de l'entreprise¹. Les auteurs la qualifient à juste titre de « *pire des scénarios* »², ou de « *talon d'Achille des procédures collectives* [qui conduit] à un *quasi-anéantissement des sûretés réelles* »³. Dans cette situation, les créanciers sont réglés par le débiteur, mais au moyen de fonds versés par un tiers, ayant cause de leur débiteur et acquéreur de l'entreprise. Ce tiers aura été sélectionné par le tribunal, parmi tous les pollicitants, comme celui qui aura présenté l'offre la plus sérieuse. L'énumération des éléments devant être indiqués dans l'offre par l'article L. 642-2, II du Code de commerce permet de comprendre que ce caractère sérieux correspond aux perspectives de poursuite de l'activité économique, de maintien de l'emploi et d'apurement du passif. Une fois de plus, ce dernier objectif passe après les deux autres. Le tribunal s'intéresse avant tout à l'activité et à l'emploi, ce qui a pour conséquence la validation d'offres proposant un prix de cession bien inférieur à la valeur vénale de l'entreprise⁴. La cession fait ainsi peser la charge du redressement de l'entreprise sur ses créanciers⁵. Leur désintéressement n'est pas réalisé par le cessionnaire, qui ne leur est pas lié juridiquement. Celui-ci se contente de verser les fonds entre les mains du débiteur, ce qui emporte des conséquences néfastes sur l'effectivité des deux prérogatives classiques des titulaires de sûretés réelles.

¹ Cette idée pourrait être nuancée en cas d'introduction en droit français du *best interest test*, empêchant les créanciers de recevoir une somme inférieure à celle qu'ils auraient perçu dans le cadre d'une liquidation immédiate, v. *supra*, n° 712 et s.

² F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2019, n° 362, p. 369.

³ D. Legeais, « De l'efficacité des garanties », art. précité, p. 430. V. également R. Dammann, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », art. précité.

⁴ F.-X. Lucas, *op. cit.*, n° 362, p. 370 ; M.-H. Monsérié-Bon, « *Quid des sûretés réelles dans le plan de cession ?* », *RPC* juill.-août 2018, dossier 19, n° 1 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 1285, p. 844. La jurisprudence expose parfois clairement ce raisonnement, v. Com., 16 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 196, p. 163 (n° 95-15689) : « *la cession était intervenue dans le cadre de la reprise globale des actifs d'une société en redressement et d'un engagement de maintenir un certain nombre d'emplois salariés, conformément à un plan de cession homologué par jugement du tribunal de commerce, opération dont le caractère forfaitaire impliquait l'existence d'un aléa, ce qui entraînait une réduction de la valeur des biens cédés* ».

⁵ A. Jacquemont, N. Borge et T. Mastrullo, *op. cit.*, n° 927, p. 551 ; F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1280, p. 582. V. également l'arrêt cité à la note précédente.

734. Le droit de préférence est ainsi sévèrement atteint. Tout d'abord, de manière habituelle en droit des procédures collectives, l'assiette de la sûreté est réduite, passant d'un droit sur le bien – et donc de la possibilité d'appréhender l'intégralité de sa valeur – à un droit sur une quote-part représentant nécessairement une fraction de cette valeur. Mais ce n'est pas tout. Contrairement à ce qui se produit dans la situation déjà observée en matière de vente de biens grevés de sûretés spéciales en période d'observation ou en exécution des plans de sauvegarde et de redressement, la quote-part n'est pas fixée par référence au montant de la créance garantie¹, mais par un rapport réalisé entre la valeur totale des actifs cédés et la valeur du bien grevé², la ventilation relevant de l'appréciation souveraine du tribunal. C'est dire que si, dans le premier cas, le droit de préférence se reportait sur la fraction d'une somme correspondant à peu près au montant des droits du créancier, dans la seconde hypothèse la quote-part consiste en réalité en une fraction d'une somme qui peut déjà être largement inférieure à la valeur vénale du bien³ ! L'assiette du droit de préférence subit donc ici une double réduction⁴. L'arbitrage entre les différents intérêts en jeu se réalise au bénéfice du cessionnaire, dans l'espoir que son offre permettra le redressement effectif de l'entreprise cédée. Les titulaires de sûretés sont ainsi dépossédés d'une prérogative devenue essentielle en droit commun : la possibilité d'exercer un contrôle sur le prix de vente de l'assiette de leur garantie. Dans le plan de cession, le droit de surenchère leur est interdit, le contenu de l'offre étant gravé dans le marbre⁵. De plus, s'agissant d'une cession décidée au sein de la procédure collective du débiteur, le classement légal des droits de préférence a lieu de jouer, ce qui implique nécessairement que les titulaires de privilèges généraux exerceront leurs droits avant le titulaire de la sûreté, ce qui aboutit le plus souvent à sa spoliation⁶.

¹ Art. L. 622-8 et L. 626-22 C. com.

² Art. L. 642-12, al. 1 C. com. Il s'agit là d'un progrès par rapport à la situation antérieure, dans laquelle le tribunal fixait souverainement le prix de cession comme le montant de la quote-part attribuée aux biens cédés, v. S. Zépi, th. précitée, n° 526 et s., p. 212 et s.

³ V. F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1286, p. 586.

⁴ En théorie, l'affectation d'une quote-part constituait pourtant une protection pour le titulaire d'une sûreté spéciale, v. P.-M. Le Corre, « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », *Gaz. Pal.* 8 janv. 2011, p. 13 et s. : « *Il s'agit fondamentalement de passer du caractère global du prix de cession à l'individualisation des droits de préférence de chacun des créanciers titulaires de sûretés spéciales* ».

⁵ A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *op. cit.*, n° 896, p. 538 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 1333, p. 876 ; Ph. Théry, « Le droit des sûretés face à l'apurement des dettes », in Y. Chaput (dir.), *L'apurement des dettes, solution au surendettement*, Etudes du CREDA, Litec, 1998, n° 414, p. 365.

⁶ Il est à noter que les créanciers postérieurs titulaires d'une créance édue peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle directement sur le prix de cession, ce qui diminue encore les chances des titulaires de sûretés d'être payés. Il faut toutefois préciser que si ces créanciers sont impayés, ils priment tous les titulaires de droits préférentiels lorsque la cession est décidée en redressement, alors que les titulaires de garanties immobilières spéciales « passent devant » en cas de liquidation, v. l'art. L. 641-13, II C. com.

735. Le droit de suite est également rendu largement inefficace. Le cessionnaire, acquéreur de biens grevés de sûretés, ne peut en effet pas être considéré comme un tiers acquéreur du fait de l'article L. 642-12 du Code de commerce. Tant que le prix de cession n'est pas payé, les titulaires d'un droit de suite ne peuvent l'exercer qu'à l'encontre du sous-acquéreur du bien¹, et non contre le cessionnaire, acquéreur initial. Une fois le prix de cession intégralement payé, une purge automatique des inscriptions s'opère, ce qui fait disparaître le droit de suite². Dans la plupart des hypothèses, les titulaires de sûretés spéciales ne peuvent se tourner vers un débiteur réel³. Ils sont donc contraints d'exercer leur droit sur la quote-part, si les créanciers disposant d'un meilleur rang leur laissent un quelconque reliquat. Leurs sûretés disparaissent alors, ce qui leur confère la qualité de créanciers chirographaires pour le surplus⁴ et leur donne la quasi-assurance de ne rien recevoir dans la répartition du prix de cession des biens libres de toute charge. Le législateur, soucieux de ne pas laisser les titulaires de sûretés totalement démunis, a toutefois prévu une exception au profit de certains d'entre eux.

736. L'exception : le « transfert » de la charge de certaines sûretés. Initialement réservée au bénéficiaire d'un nantissement de matériel et d'outillage, la faveur offerte par le quatrième alinéa de l'article L. 642-12 du Code de commerce a été étendue à tous les titulaires de sûretés spéciales. Aux termes de ce texte, dans le cas où un bien grevé d'une sûreté spéciale ayant servi à garantir un crédit pour le financement dudit bien entre dans le périmètre de la cession, la charge d'une telle sûreté est transférée au cessionnaire. La rédaction du texte ne brillant pas par sa limpidité, il importe avant tout de déterminer l'objet de l'obligation du cessionnaire afin de déterminer la portée de la faveur accordée aux créanciers.

737. Nature de la faveur légale. S'agit-il, comme le laisse entendre le début du texte, d'une obligation réelle de garantie, le cessionnaire devenant le débiteur réel du créancier ? Il

¹ Une telle cession n'est permise que sur autorisation judiciaire, v. l'art. L. 642-9, al. 1 et 2 C. com.

² Toutefois, selon un auteur, la purge des inscriptions n'est que la contrepartie de l'affectation d'une quote-part du prix de cession au paiement du titulaire de la sûreté spéciale. Il devrait donc être permis au créancier d'agir contre le cessionnaire si le tribunal omettait de procéder à cette affectation, v. P.-M. Le Corre, « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », art. précité.

³ La solution se comprend parfaitement eu égard aux finalités du droit des procédures collectives. Si le repreneur acquiert une entité globale, il ne faut pas permettre aux créanciers antérieurs, même titulaires de sûretés, de procéder au morcellement de l'entreprise par l'exercice de droits de poursuite intempestifs, v. F. Macorig-Venier, th. précitée, n° 454, p. 464. En revanche, si le repreneur lui-même a réalisé ce morcellement, rien ne justifie que le sous-acquéreur se trouve à l'abri des poursuites exercées par les créanciers impayés.

⁴ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 1332, p. 855.

n'en est rien : la disposition impose uniquement au cessionnaire de payer les échéances du prêt postérieures à la cession, quelle que soit la valeur vénale de l'assiette de la sûreté¹. La suite du texte nous fait comprendre qu'il y a en réalité, à la date du transfert de propriété du bien grevé, changement de débiteur pour les échéances postérieures de remboursement du prêt. Le créancier est alors directement payé par le cessionnaire, bien que la dette ait été initialement contractée par le cédant. L'on voit ainsi apparaître la figure, assez rare en droit français, de la cession de dette². Le cessionnaire ne fait qu'assumer l'obligation personnelle qui incombait au cédant. Il en découle que le texte est mal construit, car il inverse l'ordre logique des choses³. Le quatrième alinéa de l'article précité met en avant le transfert de la charge des sûretés, qui obligerait le cessionnaire à payer les échéances postérieures à la cession au créancier. Il faut comprendre le texte à l'envers : il y a, à compter du transfert de propriété, cession de dette en ce qui concerne les échéances postérieures et, comme en droit commun⁴, cette cession n'emporte aucune novation en principe. L'obligation d'origine subsiste alors avec ses accessoires, ce qui permet au titulaire impayé d'une sûreté conférant un droit de suite de la réaliser bien que son assiette ait été transférée au cessionnaire⁵.

738. Recherche d'un équilibre entre les droits du bénéficiaire et ceux des tiers. La cession de dette est une technique extrêmement favorable au titulaire d'une sûreté spéciale. En effet, par le seul effet de la cession du bien grevé⁶, son droit qui était initialement préférentiel, le forçant à subir le concours des autres créanciers, devient exclusif. Lui seul peut prétendre au

¹ J.-P. Sénéchal, « L'inclusion d'un matériel nanti dans un plan de cession de la loi du 25 janvier 1985 », in *Les activités et les biens de l'entreprise – Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly Litec, 1991, p. 370.

² D. Lanzara, « La nature juridique du transfert de la charge de la sûreté », *BJE* nov. 2016, p. 448 et s., spé. n° 10 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, « Le transfert de la charge du nantissement », in *Le gage commercial, RJ Com.* n° spé. 1994, n° 9, p. 156 ; Ph. Théry, « Le droit des sûretés face à l'apurement des dettes », art. précité, n. 38, p. 365.

³ En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, « Le transfert de la charge du nantissement », art. précité, n° 9-10, p. 156.

⁴ Art. 1327-2 C. civ. : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette ».

⁵ Com., 20 mars 2019, n° 17-29009. La formulation de l'arrêt n'emporte toutefois pas l'approbation car la Chambre commerciale mentionne le droit de suite du créancier hypothécaire, qui ne devrait jouer aucun rôle ici. En effet, par la cession légale de dette, le repreneur est devenu débiteur à titre personnel des échéances du prêt postérieures à la cession. Il n'est donc pas tenu de payer la dette uniquement en raison de l'acquisition du bien, mais parce qu'une obligation personnelle lui est imposée par les textes du Code de commerce. Le cessionnaire n'étant pas un tiers à la dette, l'on se retrouve dans le schéma le plus classique qui soit, c'est-à-dire la situation dans laquelle un créancier veut exercer une procédure d'exécution forcée à l'encontre de son débiteur récalcitrant, la sûreté réelle étant constituée sur l'un de ses biens pour garantir le paiement de sa propre dette. La Cour de cassation devrait donc bannir toute référence au droit de suite et affirmer simplement que la cession de la dette transfère également ses accessoires, ce qui permet au créancier hypothécaire impayé de mettre en œuvre l'hypothèque garantissant le paiement des échéances postérieures à la cession par le repreneur. En ce sens, J.-J. Ansault, *Gaz. Pal.* 18 juin 2019, p. 34 et C. Gijssbers, *RPC* mai-juin 2019, comm. 69.

⁶ Il s'agit bien d'une cession légale, v. C. Saint-Alary-Houin, « Le transfert de la charge du nantissement », art. précité, n° 17 et s., p. 159 et s. ; F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1287, p. 587.

versement des sommes représentant les échéances du prêt postérieures à la cession. La logique du droit des sûretés, et donc du classement, est totalement évincée et seules subsistent les règles du droit des obligations. La création d'un lien de droit entre le créancier bénéficiaire de la sûreté spéciale et le cessionnaire constitue donc le fondement de ce traitement si enviable, alors que les autres créanciers doivent se contenter de se répartir le prix de cession versé entre les mains du cédant. Il ne faut toutefois pas exagérer la faveur faite au créancier bénéficiaire de la sûreté spéciale : pour les échéances impayées antérieures à la cession, le droit commun de l'article L. 642-12 du Code de commerce retrouve son empire et le créancier ne peut faire jouer que son droit de préférence sur la quote-part définie au premier alinéa de l'article étudié, tout en sachant que cette quote-part doit être diminuée afin de tenir compte des sommes perçues au titre de l'alinéa 4, la mise en œuvre de la sûreté ne pouvant conduire à un enrichissement du créancier¹.

739. Il faut toutefois noter que la faveur octroyée à l'un des créanciers se réalise nécessairement par le sacrifice des droits des autres². Les échéances de remboursement des prêts postérieures à la cession sont prises en compte par le cessionnaire, qui diminue d'autant le prix global versé au cédant. C'est dire que la partie de ce prix que se répartissent les créanciers ne bénéficiant pas des dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 4, du Code de commerce va être à nouveau amputée du montant des échéances postérieures dues directement aux créanciers titulaires de sûretés « transférées », alors que le prix de cession est déjà inférieur à la valeur vénale de l'ensemble des biens cédés³. De prime abord, il semblerait que les autres créanciers, même titulaires de sûretés, soient réduits à n'exercer leurs droits que sur des sommes

¹ F.-X. Lucas, *op. cit.*, n° 364, p. 372 ; C. Saint-Alary-Houin, « Le transfert de la charge du nantissement », art. précité, n° 36, p. 166 ; F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1292, pp. 588-589.

² J.-P. Sénéchal, « L'inclusion d'un matériel nanti dans un plan de cession de la loi du 25 janvier 1985 », art. précité, p. 376 : « il apparaît [...] clairement que le texte légal crée au sein du prix global de l'entreprise un transfert de valeur au profit du créancier nanti et au détriment de tous les autres créanciers, même bénéficiant de l'article 40 » ; B. Soenne, « Le bateau ivre », *LPA* 14 mai 1997, n° 5 : « Des pratiques particulièrement déviantes sont alors apparues. On augmente artificiellement la partie du prix affectée aux créanciers bénéficiaires des sûretés énoncées et on réduit évidemment d'autant cette même partie pour tous les autres. Ainsi, se trouve réduit le superprivilège des salariés, les créances fiscales et sociales, tandis qu'inversement sont outrancièrement avantagés les créanciers hypothécaires, ceux bénéficiant d'un nantissement ou d'un gage. L'ordre des privilèges et des sûretés se trouve ainsi bouleversé par le seul artifice de l'interprétation de l'article L. 93 alinéa 3 nouveau. Le créancier nanti sur fonds de commerce pourtant primé par le superprivilège, les créances fiscales et en partie par les créances sociales, se trouve placé au premier rang, se trouvant « hyperprivilégié », reléguant le superprivilège ».

³ On ne pourrait pas imaginer faire payer au cessionnaire un prix global de cession, puis les échéances futures des prêts visés par le texte. Le Code de commerce indique clairement que les termes de l'offre lient le tribunal, qui ne peut les modifier (art. L. 642-5, al. 1 et L. 661-6, III C. com.). De plus, la solution inverse reviendrait à faire de l'art. L. 642-12, al. 4 C. com. un « épouvantail à créanciers » (Ph. Dubois et G. Terrier, « Réflexions sur l'article 93 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, n° 16, p. 394). La disposition ne joue en réalité que sur la situation des autres créanciers et non sur celle du cessionnaire, tenu de payer le prix initialement indiqué dans son offre, et pas un euro de plus.

extrêmement faibles par rapport au montant de leurs créances. Or, si le prix de cession, hors échéances postérieures des contrats de prêt à régler directement entre les mains des créanciers, était considéré comme dérisoire, le tribunal n'aurait pas d'autre choix que de refuser les offres de cession et de prononcer la liquidation de l'entreprise¹.

740. Pour éviter d'en arriver à de telles extrémités, le législateur a prévu la possibilité de déroger aux dispositions de l'alinéa 4 par un accord entre le cessionnaire et le créancier bénéficiaire. Il lui suffirait de refuser partiellement que le texte s'applique, par exemple en déclarant ne vouloir percevoir directement que la moitié des sommes que devrait normalement lui payer le cessionnaire. Par un jeu de « *vases communicants* »², la somme qui aurait dû être attribuée au créancier bénéficiaire du texte dérogatoire va entrer dans l'assiette des droits de l'ensemble des créanciers, ce qui va entraîner le retour du droit commun des sûretés : chacun sera payé sur cette partie du prix selon l'ordre des droits de préférence. Le créancier partiellement renonçant percevra une somme moins importante, eu égard à la supériorité des droits des bénéficiaires des privilèges généraux de la procédure collective, mais aura tout de même intérêt à procéder à cette renonciation lorsque les sommes versées par le cessionnaire excèdent la valeur vénale du bien grevé³. En effet, si une liquidation avec cession isolée des biens du débiteur devait être finalement ouverte en raison de sa mauvaise volonté, il ne pourrait prétendre à un traitement si favorable⁴.

741. L'« efficacité totale »⁵ des droits exclusifs. Les titulaires de droits exclusifs ne sont pas confrontés à de tels dilemmes. Au stade de la cession de l'entreprise, le législateur estime que tous les créanciers bénéficiant de garanties exclusives doivent être intégralement payés. De manière très classique, il n'est pas question de réserver aux créanciers titulaires d'un droit de rétention effectif ou d'une fiducie-sûreté avec dépossession sur un bien nécessaire à l'exploitation de l'entreprise un simple droit sur une quote-part du prix de cession. La détention

¹ L'art. L. 642-4, al. 2 C. com. sert de fondement à ce contrôle.

² Ph. Dubois et G. Terrier, « Réflexions sur l'article 93 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 », art. précité, n° 20, p. 396. Le système joue au sein même de l'article L. 624-12 C. com. La renonciation partielle au bénéfice de l'alinéa 4 du texte augmente les droits du renonçant au titre de l'alinéa 1. Son droit à la quote-part voit son assiette élargie... ce qui profite également à ses concurrents.

³ J.-P. Sénéchal, « L'inclusion d'un matériel nanti dans un plan de cession de la loi du 25 janvier 1985 », art. précité, p. 376.

⁴ Sur le sort des titulaires de sûretés préférentielles dans la liquidation par cession isolée des biens du débiteur, v. *infra*, n° 751 et s.

⁵ F. Macorig-Venier, « Les créanciers et leurs garanties », *RPC* nov.-déc. 2015, dossier 53.

du bien grevé leur permet d'être complètement désintéressés par le versement d'une partie du prix de cession équivalent au montant de leur créance. Dans le cas contraire, le rétenteur pourrait refuser de se dessaisir du bien¹ et le fiduciaire mettre en œuvre son « pacte comissoire légal »² dès lors que sa créance sera devenue exigible.

742. Le traitement du crédit-bail par le plan de cession est assez proche du régime applicable en cas de plan de sauvegarde ou de redressement. Si le contrat est transmis au cessionnaire, ce dernier sera tenu de l'exécuter aux conditions initiales, c'est-à-dire en payant à l'échéance les sommes dues après la date de la cession³. Toutefois, si le cessionnaire souhaite lever l'option du contrat de crédit-bail arrivé à terme, il lui faut payer l'ensemble des sommes restant dues, ce qui comprend les loyers impayés et les intérêts prévus dans le contrat. La seule variante, dans le cadre du plan de cession, consiste à fixer comme maximum à ces sommes le montant du bien crédit-baillé, fixé par les parties ou le tribunal à la date de la cession⁴. Dans cette hypothèse, la frontière entre droits de propriété réservée et sûretés se brouille, le transfert de propriété ne se réalisant pas par le paiement intégral du prix mais par le versement de la plus faible des deux sommes entre la valeur du bien et le montant de la créance garantie. Cette solution se comprend toutefois : en fixant ce plafond, le législateur a entendu limiter la charge financière de la reprise des biens nécessaires à l'exploitation et donc favoriser les cessions d'entreprises aux liquidations par cessions isolées de biens. En procédant de la sorte, l'on veut s'assurer que le cessionnaire dispose de fonds suffisants, après avoir payé le prix global de cession, pour investir et pérenniser l'activité reprise. L'affectation des sommes n'en demeure pas moins exclusive : à peine de nullité du paiement, le cessionnaire doit remettre les fonds aux organes de la procédure, qui les versent immédiatement entre les mains du crédit-bailleur⁵. La

¹ Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 151, p. 135 (n° 95-12925) : « la cession de l'entreprise, par suite de l'adoption d'un plan de redressement, ne peut porter atteinte au droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis sur des éléments compris dans l'actif cédé ; qu'en l'absence de disposition légale en ce sens le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance qu'il a déclarée, et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence ».

² V. *supra*, n° 97.

³ Art. L. 642-7, al. 3 C. com.

⁴ Art. L. 642-7, al. 5 C. com.

⁵ Art. R. 642-8, al. 2 C. com.

solution devrait être identique en matière de vente avec clause de réserve de propriété si elle était systématiquement considérée comme un contrat en cours¹.

743. Le régime du crédit-bail dans le plan de cession ménage si harmonieusement les intérêts des différentes parties en présence que l'on est bien en peine d'expliquer le fondement de l'efficacité absolue des garanties exclusives jusque-là neutralisées², c'est-à-dire le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil et la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition. Le dernier alinéa de l'article L. 642-12 du Code de commerce prévoit en effet que « *le droit de rétention* », sans plus de précisions, n'est pas affecté par ses autres alinéas. Il ne peut donc y avoir ni quote-part affectée au bénéfice du rétenteur, ni transfert de la charge du droit de rétention au cessionnaire. Il faut alors reconnaître une pleine efficacité au droit de rétention fictif dans le plan de cession³. Le règlement du bénéficiaire du gage sans dépossession peut ainsi se réaliser soit par le retrait contre paiement, tel qu'il est prévu à l'article L. 622-7 du Code de commerce⁴, soit par un report sur le prix du droit de rétention fictif, ce qui permet au rétenteur de s'attribuer exclusivement une somme égale au montant de sa créance, les effets du droit de rétention fictif étant alors assimilables à ceux d'un privilège⁵.

744. L'efficacité est également totale en matière de fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition. On se souvient que, au cours de la période d'observation ou de l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement, la réalisation de cette sûreté était paralysée par un double verrou : d'une part, le transfert des biens hors des mains du débiteur est interdit tandis

¹ V. *supra*, n° 662 et s. La jurisprudence considère d'ores et déjà que, si le délai de revendication des biens grevés n'est pas encore écoulé, il est impossible pour l'administrateur de les inclure dans un plan de cession globale, v. Com., 28 juin 2017, n° 15-23229.

² On a pu le qualifier de « *modèle d'équilibre* », v. S. Zépi, th. précitée, n° 954 et s., p. 391 et s. V. également C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 520, p. 472 : « *Une solution équilibrée consisterait alors à maintenir le paiement du fiduciaire, mais dans la double limite du montant de sa créance et de la valeur du bien transmis* ».

³ En ce sens, F.-X. Lucas, *op. cit.*, n° 365, p. 373 ; M.-H. Monsérié-Bon, « *Quid des sûretés réelles dans le plan de cession ?* », art. précité, n° 2 ; F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1284, pp. 584-585. *Contra*, A. Aynès, « *Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective* », art. précité, n° 7 : « *appliqué au droit de rétention fictif, le principe d'opposabilité du droit de rétention au cessionnaire risque fort de se révéler dénué d'incidence pratique* ».

⁴ L'efficacité du droit de rétention fictif se réclame en outre d'un argument de texte. L'article L. 622-7 C. com. prévoit l'inopposabilité du droit de rétention fictif de l'art. 2286, 4° C. civ. en l'excluant dans le cas de la cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1 du même Code. Cet article renvoie directement aux dispositions « *de la section I du chapitre II du titre IV* ». Il s'agit des articles L. 642-1 à L. 642-17, qui concernent précisément le plan de cession de l'entreprise. Or, parmi ces textes, seul le dernier alinéa de l'art. L. 642-12 traite du droit de rétention. Il s'agit donc du fondement qui valide l'opposabilité du droit de rétention fictif au cessionnaire dans le cadre des cessions d'activité dans le plan de sauvegarde, et qui devrait également valider son opposabilité au cessionnaire en matière de cession globale.

⁵ Comp. Com., 21 mars 2006, n° 04-19794 : « *l'arrêt énonce exactement que si le droit de rétention n'est pas un privilège il en a les effets* ». V. également *supra*, n° 61, ainsi qu'*infra*, n° 872 et s.

que, d'autre part, cette convention est qualifiée de contrat en cours, ce qui oblige le créancier à laisser le débiteur jouir paisiblement de l'assiette de la sûreté si les organes de la procédure en demandent la continuation. Ces deux digues rompent dans la règlementation du plan de cession. Tout d'abord, en se fondant sur l'existence du transfert initial de propriété de l'assiette de la fiducie, la jurisprudence a considéré qu'un tribunal qui ordonne « *la reprise de l'ensemble des actifs des sociétés* » cédées n'inclut pas dans le périmètre de cette cession les biens ayant fait l'objet d'une convention de fiducie-sûreté avec mise à disposition avant l'ouverture de la procédure collective¹. De plus, la convention de mise à disposition est soumise à un régime qui tranche singulièrement avec le traitement qui lui est réservé au cours de la période d'observation ainsi que des plans de sauvegarde et de redressement : dans le plan de cession, elle n'est plus considérée comme un contrat en cours² et ne peut être cédée au cessionnaire sans le consentement exprès du bénéficiaire³. C'est dire que la position du créancier bénéficiaire de la fiducie sans dépossession peut être assimilée à celle du rétenteur lorsque l'usage du bien est nécessaire au maintien de l'exploitation⁴ : faute de paiement intégral de sa créance, il pourra refuser la cession de la convention de mise à disposition, puis la résilier et revendiquer le bien, acquérant ainsi la propriété pleine et entière du bien.

745. Vers une restriction des prérogatives offertes aux titulaires de droits exclusifs.

L'étude du régime du droit de rétention fictif et de la fiducie-sûreté sans dépossession fait apparaître un paradoxe dérangeant : alors que, jusqu'au plan de cession, il a été constaté que le but du législateur était d'articuler harmonieusement les droits que leurs titulaires tirent de ces garanties avec les intérêts du débiteur, le tableau d'ensemble est terni par l'efficacité absolue qui leur est conférée dans le plan de cession. L'ordonnance du 18 décembre 2008 est finalement restée au milieu du gué : le plan de cession est considéré comme une technique uniquement liquidative, comme en témoigne l'insertion de son régime dans le titre relatif à la liquidation dans le Code de commerce, ce qui justifierait l'efficacité optimale des prérogatives des titulaires

¹ CA Paris, pôle 5, Chambre 9, 4 novembre 2010, n° 10/07100 : « *contrairement à ce que soutiennent les sociétés VERDOSO MEDIA et GREEN RECOVERY II, bénéficiaires de la fiducie, le tribunal, en se bornant à ordonner la reprise de l'ensemble des actifs des sociétés EYEDEA ILLUSTRATION, S. A. EYEDEA et S. A. PRESSE, n'a pas pour autant ordonné la cession des biens antérieurement mis en fiducie par la société EYEDEA ILLUSTRATION, lesquels n'étaient plus dans le patrimoine de la société placée en redressement judiciaire, même si celle-ci en a conservé l'usage en sa qualité de constituant, la conservation de la seule jouissance n'en faisant pas des actifs propriétés d'une des trois sociétés objet du plan de cession* ».

² Art. L. 641-11-1, VI C. com.

³ Art. L. 642-7, al. 6 C. com.

⁴ Sur la comparaison, v. S. Farhi, th. précitée, n° 337 et s., p. 245 et s.

de garanties, alors qu'il s'agit en réalité également d'une technique de restructuration des entreprises, ce qui devrait impliquer la recherche d'un équilibre des intérêts entre les différentes parties en présence.

746. L'étude du régime des garanties dans le plan de cession fait alors voler en éclats « *l'imposture* » qui consiste « *à prétendre tout à la fois défendre les créanciers en redorant le blason des sûretés, et protéger les débiteurs en leur offrant des procédures collectives efficaces et propices au sauvetage de leur entreprise* »¹. Deux appréciations sont possibles. L'on peut d'abord se féliciter de ce que les droits des créanciers titulaires de sûretés soient renforcés, ce qui permet un passage des plans forcés aux plans négociés, bien moins attentatoires aux droits des créanciers². A l'inverse, il est également possible de redouter l'accroissement de la difficulté à adopter des plans de cession³ : si les rétenteurs fictifs appréhendent une somme qui équivaut au montant de leur créance au lieu de se contenter d'un droit sur une quote-part, le reliquat du prix de cession pourrait être considéré comme insuffisant pour apurer convenablement le passif né du chef des autres créanciers, ce qui autoriserait le prononcé d'une liquidation judiciaire ; de même, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession étant titulaire d'un « *pouvoir potestatif sur le plan de cession* »⁴, il est à craindre que les cessionnaires soient rebutés par l'alternative ouverte entre le paiement intégral d'un créancier ou l'acquisition d'une entreprise sans pour autant disposer d'un ou plusieurs biens nécessaires à son exploitation. Pour pasticher le titre d'un article célèbre, on peut affirmer qu'entre « *garanties exclusives sans dépossession ou plan de cession, il faut choisir* »⁵.

747. La cohérence impose de se prononcer en défaveur d'une telle évolution, au titre de la primauté de la restructuration des entreprises sur le paiement des créanciers. S'agissant de simples titulaires de sûretés sur des biens essentiels à la poursuite de l'activité, les règles de la période d'observation et des plans de sauvegarde et de redressement devraient s'appliquer, eu

¹ F.-X. Lucas, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *RPC* nov.-déc. 2009, dossier 17, n° 3.

² *Ibid.*, n° 17. Sur la constatation de ce phénomène en matière de plans de sauvegarde et de redressement, v. *supra*, n° 708 et s.

³ O. Buisine, « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », *RPC* nov.-déc. 2011, étude 31.

⁴ K. Luciano, « Fiducie-sûreté et plan de cession », *RPC* mars-avril 2011, étude 9, n° 21.

⁵ L'octroi d'un droit de blocage des possibilités de reprise de l'entreprise par un tiers est proprement incompréhensible car il va à l'encontre de l'essence du plan de cession et de ce qui fait son utilité. En effet, « *actuellement le plan de cession est très utile pour deux raisons : d'une part, il permet d'aller vite, d'autre part, il permet de contourner des problématiques de droits des créanciers ou des actionnaires qui empêcheraient en fait un maintien de l'activité sans remboursement du passif* » (H. Bourbouloux, in M. Menjuq, H. Bourbouloux, S. Gorrias et L. Spizzichino, table ronde précitée. C'est nous qui soulignons).

égard à l'objectif de restructuration visé par le plan de cession¹. Le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession devrait donc être paralysé. Il ne devrait avoir vocation à percevoir une partie du prix de cession qu'au titre de son gage, c'est-à-dire par l'affectation d'une quote-part du prix de cession correspondant au rapport entre le prix global et la valeur du bien grevé. Rien ne justifie que ce gagiste, qui n'exerce aucune emprise matérielle sur le bien, soit mieux traité qu'un créancier hypothécaire². De même, le bénéficiaire d'une fiducie sans dépossession ne devrait pas pouvoir obtenir, par principe, le paiement de l'intégralité de sa créance. En tout état de cause, ce fiduciaire mériterait d'être traité comme le crédit-bailleur dans la mesure où ces deux créanciers se trouvent dans des situations matériellement identiques. S'il devait être payé, il ne devrait pas pouvoir percevoir une somme supérieure à la valeur vénale du bien grevé.

748. Enfin, en ce qui concerne le rétenteur matériel et le fiduciaire avec dépossession, il nous semble qu'une fois encore, ils devraient être soumis à un prélèvement forfaitaire de l'ordre de 10% afin de participer à l'apurement du passif et de faciliter le redressement par le cessionnaire³. S'il est judicieux de conférer aux créanciers titulaires de sûretés un pouvoir quant à la détermination des conditions de la restructuration de l'entreprise, comme c'est le cas en matière d'élaboration des plans de sauvegarde et de redressement, il n'est pas acceptable qu'ils soient habilités à condamner à la liquidation une entreprise viable qui aurait pu poursuivre son activité si elle était passée en d'autres mains⁴. Ce n'est toutefois que le symptôme d'un mal plus profond, la dé-collectivisation des procédures de traitement des difficultés des entreprises, qui se manifeste de manière paroxystique en matière de liquidation judiciaire.

¹ G. Couturier, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *BJS* fév. 2008, p. 142 et s. ; V. également, pour une approche plus mesurée, K. Luciano, « Fiducie-sûreté et plan de cession », art. précité, n° 27 et s., selon lequel le plan de cession est un hybride comportant une facette liquidative par rapport à l'homme, les biens étant vendus pour éponger les dettes du débiteur, et une facette « restructuration » quant à l'entreprise. V. enfin, classant la cession de l'entreprise parmi les modes de redressement, ce qui suppose un traitement distinct de la pure liquidation judiciaire, F. Derrida, « Le crédit et le droit des procédures collectives », art. précité, n° 5, pp. 72-73.

² A. Aynès, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. précité, n° 7.

³ Sur l'origine de ce pourcentage, v. *supra*, n° 670.

⁴ Une telle évolution aurait le mérite de rappeler à tous l'existence de la « *filiation lointaine entre le droit de la faillite et la lex rhodia de jactu, en vertu de laquelle, s'il était nécessaire, pour sauver un navire, de jeter des marchandises à la mer, leur perte ne reposait pas sur le seul propriétaire mais était répartie entre les propriétaires des diverses cargaisons* » (Ph. Théry, « L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution », *Droit et procédures*, mai-juin 2002, n. 1, p. 140). Pour une présentation et une traduction de cette loi, v. R. Dareste, « La *lex rhodia* », *NRHD* 1905, p. 429 et s.

B) Sûretés réelles et cession isolée des biens du débiteur

749. Présentation de l'option. Si l'entreprise va si mal qu'elle n'est plus viable et ne peut être redressée, même par le biais d'un plan de cession – ou pour les biens demeurant en la propriété du débiteur une fois les branches d'activités autonomes cédées – une seule technique peut être mise en œuvre : la cession isolée. L'entreprise est alors démantelée et ses différentes composantes vendues au plus offrant, selon les modalités prévues par le Code des procédures civiles d'exécution¹. La finalité d'une telle procédure se trouve alors nécessairement aux antipodes de celles qui sous-tendent le reste des règles appartenant au Livre VI du Code de commerce. La continuation de l'activité et le maintien des emplois étant impossibles, seul l'apurement du passif doit inspirer les solutions retenues par le législateur et la jurisprudence. Les règles de la procédure doivent ainsi permettre aux créanciers titulaires de sûretés de mettre en œuvre leurs prérogatives afin d'obtenir un paiement au moins partiel, car sa clôture pour insuffisance d'actif – cas le plus courant – conduit à la paralysie définitive du droit de poursuite des créanciers impayés². Cet « *apurement du passé par un apurement du passif* »³ participe de la philosophie du *discharge*⁴ d'origine américaine, francisé en « droit au rebond »⁵, idée selon laquelle un entrepreneur devrait pouvoir échouer sans que le poids de ses erreurs ne l'empêche de refaire surface et de créer, à l'avenir, une nouvelle entreprise pourvoyeuse de richesses et d'emplois. Le législateur pose toutefois un garde-fou en sanctionnant l'abus du droit subjectif à l'échec : le débiteur qui a bénéficié une fois de l'effacement de ses dettes ne peut profiter de la règle une nouvelle fois dans les cinq ans qui suivent⁶. L'entrepreneur est ainsi responsabilisé, ses échecs successifs et rapprochés dans le temps ne devant pas permettre de faire peser un lourd tribut sur tous ses partenaires et salariés.

¹ V. les art. L. 642-18 et L. 642-19 C. com.

² Art. L. 643-11, I C. com.

³ B. Dureuil et J. Mestre, « La « purge » des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 », *RPC* 1989, p. 389.

⁴ Pour une exposition de cette théorie, mâtinée de considérations économiques et psychologiques, v. T. H. Jackson, « The fresh-start policy in bankruptcy law », (1985) 98 *HLR* 1393. L'idée n'est pas sans lien avec la morale chrétienne du pardon, v. K. Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, 1999, p. 93 et s.

⁵ Sur cette idée et les nombreux obstacles qui se dressent sur la route du « nouveau départ » de l'entrepreneur, v. C. Saint-Alary-Houin, « Le « rebond » du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 579 et s., ainsi que S. Schiller, « Le rebond des entreprises dans la phase postérieure à l'effacement de leurs dettes », *Dr. et Patr.* sept. 2009.

⁶ Cette limite vaut tant dans le cas d) la liquidation pour insuffisance d'actif qu'en matière de rétablissement professionnel, v. l'art. L. 643-11, III, 3° C. com.

750. Reste que si l'ensemble de la doctrine s'accorde pour affirmer que la liquidation du débiteur se soldant par la cession isolée de ses biens doit être le théâtre du retour en force des créanciers, il existe plusieurs manières d'y parvenir. La première, qui a actuellement les faveurs du législateur et de la jurisprudence, consiste à décréter que l'ouverture de la liquidation judiciaire du débiteur doit permettre immédiatement à ses créanciers de mettre en œuvre l'intégralité de leurs prérogatives, sans entraves. C'est alors le règne du « chacun pour soi », où l'unique but des titulaires de garanties consiste à faire jouer un droit exclusif quelconque afin d'appréhender seuls la valeur de leur assiette. Certains seront ainsi remplis de leurs droits, alors qu'une écrasante majorité ne recevra rien (1). A l'inverse, une autre voie paraît pouvoir être empruntée. Il faut partir du constat que, même si la liquidation est une procédure de paiement, elle n'en demeure pas moins une procédure collective. Or, comme toute procédure collective, elle peut être définie comme « *ayant pour objet de hiérarchiser l'accès au gage commun des créanciers en tenant compte des causes de préférence existant entre eux* »¹. Quelle légitimité cette procédure conserverait-elle si tous les titulaires de droits exclusifs pouvaient librement exercer leurs prérogatives afin d'évincer l'application du classement légal des droits de préférence ? C'est sur ce caractère collectif qu'il faut s'appuyer afin de déterminer des solutions plus nuancées, moins favorables aux vainqueurs actuels du rapport de force entre les créanciers, mais permettant un meilleur traitement global du passif, ce qui éviterait de faire peser intégralement sur les titulaires de sûretés préférentielles et les chirographaires le risque de défaillance du débiteur² (2).

1 – Le constat : le développement de l'individualisme

751. Le règne de l'individualisme. Observer aujourd'hui la situation des créanciers titulaires de garanties dans la liquidation de leur débiteur, c'est contempler un magma informe

¹ F.-X. Lucas, « L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », art. précité.

² Rappr. M. Menjuq, « Fiducie : la réforme de trop ? », *RPC* nov.-déc. 2009, repère 6 : « *en liquidation judiciaire, le développement de la fiducie-sûreté [...] permettrait, en rupture totale avec le caractère collectif de la procédure, au créancier fiduciaire d'obtenir une satisfaction individuelle hors procédure et pourrait aussi signer la fin des plans de cession [...] En fait, une question hante l'esprit : cet effet désintégrateur de la fiducie-sûreté, reine absolue des sûretés, en cas de liquidation judiciaire, n'est-il pas excessif ? On ne voit guère, en effet, l'édification d'un « équilibre gagnant-gagnant », mais au contraire la concrétisation d'un gagnant et de beaucoup de perdants. En conséquence, si le législateur devait une nouvelle fois remettre son ouvrage sur le métier au sujet de la fiducie, il ne serait pas malvenu d'en atténuer quelque peu certains effets en liquidation judiciaire* ».

de prérogatives individuelles¹. Chacun cherche à tirer son épingle du jeu en faisant reconnaître l'exclusivité de son droit, au détriment des titulaires de sûretés préférentielles sans dépossession. Le domaine de la procédure d'ordre prévue par les textes² s'est continuellement réduit au fil du temps. Quelques exemples peuvent permettre de s'en convaincre. Dans la continuité des règles applicables au plan de cession, les titulaires de fiducies-sûretés sont intouchables. Ils surplombent la procédure du haut de leur exclusivité que rien ne peut remettre en cause. Aucune disposition ne permet d'empêcher la conversion de leur propriété fiduciaire en propriété pleine et entière et, dans le cas d'une continuation d'activité³, la convention de mise à disposition de l'actif donné en fiducie n'est pas soumise au régime des contrats en cours⁴, ce qui permet au bénéficiaire de la résilier, puis de revendiquer l'assiette de sa sûreté et d'exclure ainsi les prétentions de tous les autres créanciers.

752. La vigueur des droits de rétention. Le droit de rétention, qu'il soit matériel ou fictif, permet également à son titulaire d'être payé. Afin de permettre au liquidateur de vendre le bien sans que le rétenteur ne s'y oppose, la jurisprudence⁵, puis la loi⁶, ont mis en place un mécanisme de subrogation réelle organisant le report du droit de rétention sur le prix de vente du bien retenu, une fois l'autorisation du juge-commissaire obtenue. De ce fait, les intérêts du rétenteur ne sont pas lésés et les opérations de liquidation peuvent être menées à terme. Comme il l'a été remarqué précédemment, le droit de rétention prend ici les traits d'un privilège de premier rang conférant à son titulaire le droit de se voir attribuer exclusivement le produit de la vente, dans la limite du montant de sa créance⁷. La faveur contemporaine pour cette prérogative ne se dément pas : alors que, pendant un temps, les tribunaux refusaient aux titulaires de garanties immobilières le bénéfice du report de leur droit de rétention sur le prix de vente de l'immeuble grevé⁸, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment statué en

¹ Un « chaos de prérogatives et avantages personnels » disait Mouly (« Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », art. précité, n° 1, p. 529).

² V. l'art. L. 642-18, al. 5 du C. com., le classement des droits de préférence étant fixé à l'art. L. 641-13 du même Code. Pour une exposition des principes actuels de répartition des fonds et de leur mise en œuvre, v. F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1307 et s., p. 597 et s.

³ Art. L. 641-10 C. com.

⁴ Art. L. 641-11, VI C. com.

⁵ Com., 4 juillet 1962, *Bull. civ. IV*, n° 340 ; Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141, p. 126 (n° 95-11915).

⁶ Art. L. 642-20-1 C. com.

⁷ V. *supra*, n° 61, ainsi qu'*infra*, n° 872 et s.

⁸ Civ. 3^e, 23 octobre 2002, *Bull. civ. III*, n° 209, p. 179 (n° 98-18109) : « attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que l'immeuble litigieux était achevé lors de la cession et exactement retenu que l'article 159, alinéa 1, de la loi du 25 janvier

sens contraire par un arrêt du 30 janvier 2019 reconnaissant l'application de l'article L. 642-20-1 du Code de commerce au bénéficiaire d'un droit de rétention autonome sur un immeuble¹. La solution est conforme à la lettre du texte : la nature du bien grevé n'étant pas mentionnée, *ubi lex non distinguit...*² Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'une rétention véritable³. Cette prérogative, appelée à bénéficier également aux gagistes immobiliers, risque de rendre encore un peu plus marginale l'application du classement légal des droits de préférence.

753. L'intérêt de la renonciation à l'insaisissabilité. Le législateur a parfois contribué au désordre de la liquidation judiciaire sans même le vouloir. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'il a souhaité protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel face aux risques de son activité professionnelle. Initialement cantonnée à la possibilité de déclarer insaisissable sa résidence principale, cette protection a été considérablement étendue par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 qui a instauré une insaisissabilité légale de cette même résidence principale et maintenu la possibilité de déclarer insaisissable tout bien immobilier non affecté à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Son opposabilité à tous les créanciers professionnels dont la créance naît postérieurement à cette insaisissabilité pose toutefois un problème à l'entrepreneur individuel en rendant plus complexe son accès au crédit. Comme en matière d'EURL ou d'EIRL, son salut passe alors nécessairement par la renonciation, au moins partielle, aux avantages de la protection légale⁴. Le bénéficiaire de la renonciation à l'insaisissabilité se trouve alors dans une situation idéale : opposable à l'ensemble des créanciers postérieurs à l'accomplissement des formalités de publicité, l'insaisissabilité l'est également au liquidateur, qui ne peut saisir et faire vendre un bien n'appartenant pas au gage commun des créanciers. Son seul pouvoir est de contester la régularité de la publicité de

1985 devenu l'article L. 622-21 du Code de commerce était inapplicable aux immeubles, la cour d'appel a pu déduire de ces seuls motifs que la SCI résidence du Belvédère devait livrer les locaux et remettre les clés ».

¹ Com., 30 janvier 2019, n° 17-22223, D. 2019. 927, obs. A. Aynès.

² En ce sens, F. Macorig-Venier, « Immeuble et droit de rétention », in *L'immeuble et le droit – Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Editions législatives, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 350 et s.

³ L'arrêt précité prend en effet soin de relever plusieurs éléments constituant un faisceau d'indices assez important : les rétenteurs détenaient les clés de l'immeuble, ils l'assuraient eux-mêmes, s'y rendaient régulièrement, l'entretenaient et avaient conféré à leur fille un « mandat d'occupation ». A l'inverse, par un arrêt rendu un peu moins de deux ans auparavant, la Cour de cassation avait jugé que la simple détention des clés par un huissier de justice ne pouvait à elle seule emporter rétention de l'immeuble (Civ. 1^e, 11 mai 2017, n° 15-26646).

⁴ V. *supra*, n° 287 et s., pour l'EURL et l'EIRL. L'art. L. 526-3, al. 2 C. com. prévoit expressément cette possibilité pour les insaisissabilités.

l'insaisissabilité, seule l'obtention de son inopposabilité permettant de l'intégrer aux opérations de liquidation.

754. Dans le cas où toutes les formalités ont été exécutées régulièrement, le créancier antérieur à la publicité de l'insaisissabilité et le bénéficiaire de la renonciation sont titulaires d'un droit exclusif, eux seuls pouvant saisir, faire vendre le bien et appréhender la fraction du prix correspondant au montant de leur créance¹. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer qu'un tel créancier pouvait librement mettre en œuvre une procédure civile d'exécution sans l'autorisation du juge-commissaire, ce « *qui n'est pas, en ce cas, une opération de liquidation judiciaire* »². Sachant que les insaisissabilités peuvent concerner potentiellement tout le patrimoine immobilier du débiteur, cette jurisprudence porte un coup sévère au caractère collectif de la liquidation judiciaire. L'on pourrait ainsi voir à l'avenir se multiplier des droits de gage spéciaux vidant de sa substance le gage commun, ce qui contribuerait à réduire encore davantage le champ des prérogatives du liquidateur. L'« effet réel » de la procédure collective ne trouve pas ici à s'appliquer, les créanciers qui ne sont pas soumis aux insaisissabilités pouvant exercer librement leurs droits comme si aucune procédure n'avait été ouverte à l'encontre de leur débiteur³.

755. L'extension du champ d'application de la propriété-réalisation. La volonté d'échapper à tout prix au traitement collectif du passif se manifeste enfin par un droit exclusif offert à certains titulaires de sûretés réelles, celui de demander l'attribution judiciaire du bien grevé. Alors que la réalisation du pacte comissoire est formellement interdite quelle que soit la procédure considérée⁴, le gagiste peut solliciter l'attribution judiciaire de l'assiette de sa

¹ M.-H. Monsérié-Bon, « L'effet réel », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 71 : « *Soit le bien est dans la procédure, soumis à l'effet réel, et alors le débiteur bénéficie de l'effet personnel du bouclier que constitue la procédure à l'égard de ses créanciers. Soit le bien est hors effet réel et alors le droit commun joue à plein, quelle que soit la situation du créancier qui peut participer ou non à la procédure et, en même temps, obtenir le titre exécutoire nécessaire pour procéder à la vente du bien dans les conditions de droit commun. Les entraves de la procédure collective ne jouent que lorsque l'effet réel s'impose* ».

² Com., 5 avril 2016, *Bull. civ. IV*, n° 1201 (n° 14-24640) ; Com., 4 mai 2017, n° 15-18348.

³ L'insaisissabilité et sa renonciation sont devenues des garanties si efficaces que certaines voix se sont élevées pour appeler à leur limitation, v., par ex., Ph. Roussel-Galle, « La déclaration d'insaisissabilité, une alternative à la société pour protéger le patrimoine du débiteur défaillant ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 747 et s., spé. n° 15, p. 752.

⁴ Art. L. 622-7, I, al. 3 C. com., applicable par renvoi au redressement et à la liquidation judiciaires du fait des art. L. 631-14, al. 1 et L. 641-3, al. 1 C. com.

sûreté en cas de liquidation¹. La Cour de cassation, interprétant strictement les textes, a refusé d'étendre cette faculté à d'autres créanciers². Afin de briser cette jurisprudence et de planter le dernier clou dans le cercueil du traitement collectif du passif, l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose de réécrire les articles L. 642-20-1 et L. 643-1 du Code de commerce dans la perspective d'offrir à tous les titulaires de sûretés conventionnelles la possibilité de demander l'attribution judiciaire du bien grevé ou de réaliser leur pacte comissoire en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire à l'égard de leur débiteur³. Si cette règle intégrait le droit positif, le droit de préférence n'aurait définitivement plus aucun rôle à jouer dans une telle procédure, hors exercice des droits des créanciers « préférentiels » sur la soulte due dans l'hypothèse où la valeur du bien approprié dépasserait le montant de la créance garantie. Chaque créancier titulaire d'une garantie ferait jouer son droit exclusif, qu'il s'agisse d'exclusivité *ab initio*, de rétention, du droit de saisir un bien insaisissable pour tous ses concurrents ou de se voir attribuer un bien en pleine propriété et le classement légal édicté par l'article L. 641-13 du Code de commerce devrait être rayé d'un trait de plume. Mais il faudrait même aller plus loin : le couronnement de toutes ces « *reines des sûretés* »⁴ détruirait totalement l'utilité de la réglementation actuelle de la liquidation judiciaire. Un législateur conséquent devrait alors modifier les textes applicables à cette procédure pour en faire une institution

¹ Art. L. 642-20-1, al. 1 et 2 C. com. Sur cette faculté, v. F. Macorig-Venier, « L'alternative à la cession des biens grevés : l'attribution en propriété », *RPC* mars-avril 2015, dossier 30.

² Com., 28 juin 2017, n° 16-10591 : « la demande d'un créancier hypothécaire impayé tendant à ce que l'immeuble grevé lui demeure en paiement, par application de l'article 2458 du code civil, tend au paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L. 622-21 du code de commerce, et, [...] à défaut de disposition autorisant, par dérogation au principe de l'interdiction des poursuites posé par ce texte, la présentation d'une telle demande en cas de procédure collective, comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué est irrecevable ».

³ V. l'art. L. 643-1, al. 3 C. com. dans sa rédaction proposée par l'avant-projet : « Le créancier titulaire d'une sûreté réelle retrouve, à compter du jugement de liquidation judiciaire, la faculté de demander l'attribution judiciaire du meuble ou de l'immeuble grevé ou, le cas échéant, de se prévaloir d'un pacte comissoire ». Pour une défense de cette proposition, v. Ph. Dupichot, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », in *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, n° 21, p. 228 et s.

⁴ Cette expression a servi successivement à mettre en avant l'efficacité de l'hypothèque (J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 1233 et s., p. 606 et s.), des propriétés-sûretés (A. Cerles, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 39 et s.) et même, dernièrement, du droit de rétention en matière immobilière (A. Aynès, obs. précitées sous Com., 31 janvier 2019).

autonome destinée exclusivement au paiement des titulaires de garanties conventionnelles¹. Il nous semble pourtant que cette évolution n'irait pas dans le bon sens².

2 – La proposition : le retour à une procédure collective

756. Propositions pour la « re-collectivisation » de la liquidation³. En effet, au moins deux conséquences néfastes de cette « autonomisation » de la liquidation judiciaire peuvent être relevées. Tout d'abord, la combinaison de la déchéance du terme causée par le jugement d'ouverture de la liquidation et l'accumulation des droits exclusifs conduit au démembrement de l'entreprise dès l'ouverture de la procédure, alors même que la cession d'une branche encore viable de l'entreprise pourrait être envisageable⁴. Autoriser tous les créanciers titulaires de garanties à obtenir le transfert des biens grevés ou à les retenir jusqu'au paiement intégral de leur créance, c'est sonner le glas du plan de cession, alors même que son régime est exposé dans le Titre IV du Livre VI du Code de commerce relatif à la liquidation judiciaire, ce qui constituerait une incohérence législative majeure. Cette situation serait d'autant plus incompréhensible que, dans le cas où une cession partielle d'activité est possible, la hiérarchie des intérêts élaborée par le droit des procédures collectives devrait pousser à faire primer la

¹ Rapp., déjà, R. Houin, « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP* 1980. I. 2978, n° 20 : « Sans doute, est-il facile de parler de la « faillite » des procédures collectives. Sans doute, le temps n'est plus – mais a-t-il jamais existé ? – où les créanciers chirographaires pouvaient espérer une distribution « au marc le franc » sur une base strictement égalitaire. Le syndic n'est plus guère, dans la quasi-totalité des cas, qu'un agent de recouvrement pour les premiers de la liste des créanciers. Du moins reste-t-il le souci qui est primordial à notre époque, d'essayer de sauver l'entreprise pour des raisons économiques et plus encore pour des raisons sociales. Avec la réserve de propriété, ce n'est plus la peine de travailler en ce sens. Qu'il suffise de dire que pour toute entreprise qui cesse ses paiements, la liquidation totale et définitive doit intervenir avec reprises en nature ou en argent au profit des créanciers les mieux placés. Encore quelques réformes du genre de celle qui est proposée – par exemple la compensation invocable sans limite – et on pourra faire disparaître la procédure de règlement judiciaire... ». Sur cette proposition, v. J.-J. Daigre, « Les procédures collectives, technique d'extinction du passif », in Y. Chaput (dir.), *L'apurement des dettes, solution au surendettement*, Etudes du CREDA, Litec, 1998, n° 317, p. 308 : « L'erreur du législateur [...] a été d'étendre à la liquidation judiciaire les mécanismes fondamentaux de la période d'observation, en particulier les conditions et la sanction de la déclaration des créances, ce qui fait que la liquidation judiciaire emprunte artificiellement à l'esprit du redressement judiciaire, alors pourtant que les finalités sont radicalement différentes ».

² Nous souscrivons sans réserve à la position doctrinale qui ne voit dans cette multiplication des prérogatives permettant d'échapper à la logique collective que des « pis-aller, laissant entier le problème de fond [qui] paraissent précisément témoigner d'un système à bout de souffle » (N. Borgia, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 7, p. 295). Comp. toutefois, favorable à une telle modification du droit positif, S. Atsarias, « Les sûretés immobilières et l'entreprise en difficulté : hypothèque, privilège du prêteur de deniers, fiducie », in A. Cerati-Gauthier et V. Perruchot-Triboulet (dir.), *L'immeuble et le droit des procédures collectives*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Joly éditions, 2019, n° 134, p. 128.

³ Pour une idée similaire, mais limitée à l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité, v. M. Sénéchal, « Sûretés et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 778.

⁴ En ce sens, M.-H. Monsérié-Bon, « *Quid des sûretés réelles dans le plan de cession ?* », art. précité, n° 6 et s.

poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi sur l'apurement du passif¹. La course effrénée au paiement exclusif s'intègre donc très mal au sein de l'édifice global des procédures collectives².

757. De même, le fait de tenir systématiquement en échec le classement légal par le paiement hors concours cause un problème très préoccupant : les titulaires des privilèges nés à l'occasion de la procédure collective risquent de ne plus être remplis de leurs droits. Les bénéficiaires de fiducies-sûretés et de droits de rétention pouvaient déjà obtenir leur paiement sans se soucier des titulaires de privilèges généraux, mais la généralisation de l'attribution judiciaire – dont la jurisprudence a déjà pu affirmer qu'elle permettrait de primer ces créanciers³ – produirait des effets autrement plus importants. Le volume des créances garanties par les sûretés traditionnelles est en effet bien supérieur à celui des créances garanties par une fiducie-sûreté. Par conséquent, du fait de cette innovation malvenue, la charge du risque de l'insolvabilité du débiteur se déplacerait des épaules des titulaires de sûretés sans dépossession sur celles des salariés⁴, du Trésor public et de la Sécurité Sociale, des organes de la procédure, ainsi que des créanciers qui ont fait crédit à l'entreprise en ayant conscience de ses difficultés, que ce soit en procédure de conciliation ou au cours d'une procédure judiciaire. L'impact social d'une telle mesure paraît trop lourd et contredit totalement le régime exposé jusqu'alors, favorable au redressement des entreprises : qui accepterait de prêter de l'argent à une entreprise en difficulté en sachant que les créanciers antérieurs ne concédant aucun effort supplémentaire pourraient être intégralement payés au détriment du nouveau prêteur⁵ ? Il faudrait apprécier la

¹ Sur cette hiérarchie, v. not. C. Saint-Alary-Houin, « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE* mai 2016, spé. n° 16 et s.

² Et ce d'autant plus qu'il est loin d'être évident que les créanciers seraient satisfaits par l'attribution d'un bien dont ils ne sauraient que faire, v. N. Borgia, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 8, p. 295, ainsi que R. Dammann et M. Guermonprez, « Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté », art. précité.

³ Com., 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 67, p. 46 (n° 88-16036), censurant une décision de cour d'appel affirmant que « l'article 40 de la loi de 1985 prévoit que les dettes de procédure doivent être réglées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilège ou sûreté, et en déduit que ce texte exclut l'application de l'article 159, alinéa 3, de la même loi et de l'article 2078 du Code civil ». V. également Com., 6 janvier 1998, *Bull. civ. IV*, n° 9, p. 6 (n° 95-17399), permettant l'attribution judiciaire du bien grevé malgré la présence d'un créancier superprivilégié.

⁴ C'est ainsi le financement de l'AGS, qui a « pour mission d'assurer la paix sociale » (C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 1133, p. 742), qui serait menacé : la subrogation dans le superprivilège des salariés est indispensable au recouvrement des sommes avancées aux salariés, ce recouvrement étant lui-même indispensable au financement global de l'institution. Pour les chiffres exacts, v. F. Macorig-Venier, « L'avant-projet de réforme des sûretés de l'Association Henri Capitant et les modifications apportées au Livre VI du Code de commerce », *BJE* janv. 2018, p. 10 et s.

⁵ Dans le même sens, N. Borgia, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 9, p. 296, ainsi que M. Sénéchal, « Sûretés et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre », art. précité, p. 775.

situation avec davantage de nuances¹, et non passer du sacrifice total des créanciers titulaires de sûretés à une situation si favorable que le redressement pourrait en être compromis. L'on peut d'ores et déjà se rassurer en constatant que le législateur a « sauvé » le classement d'un grave péril jurisprudentiel en créant un cas légal de répétition de l'indu², là où les juges validaient le paiement effectué par le liquidateur entre les mains d'un titulaire de sûreté au détriment d'un créancier de rang préférable³. La solution jurisprudentielle était sans doute plus conforme aux principes de base régissant ce quasi-contrat, mais aboutissait à désorganiser encore davantage la liquidation, le seul recours du créancier lésé se trouvant dans la recherche de la responsabilité du liquidateur⁴. C'est dans cette voie qu'il faut poursuivre afin de rendre son caractère collectif à la procédure de liquidation.

758. L'on pourrait tout d'abord réduire le champ d'application du droit de rétention, cet « *enfant chéri des procédures collectives* »⁵. Il est assez aisément compréhensible que celui qui possède le bien du débiteur entre ses mains soit payé avant tous les autres créanciers sur son prix de revente. Il s'agit là de l'expression d'un principe de justice élémentaire⁶. La situation se comprend déjà moins bien lorsque, sans avoir directement le bien entre ses mains, le rétenteur dispose à tout le moins d'un pouvoir de blocage empêchant le propriétaire de jouir de son bien sans entraves, comme c'est le cas dans le gage automobile et, parfois, en matière de nantissement de compte-titres⁷. Elle ne se comprend en revanche plus du tout lorsque le créancier n'a rien d'autre qu'un droit de préférence sur le bien. La notion même de « report du droit de rétention fictif » sur le prix de vente du bien est dépourvue de sens : si, avant la vente, le titulaire de ce droit n'a aucun pouvoir de blocage sur le bien, pourquoi devrait-il en acquérir

¹ De telles solutions existent déjà en droit positif. Ainsi en est-il de la règle posée par l'art. L. 643-2 C. com. qui permet aux titulaires de sûretés spéciales ayant déclaré leur créance de pallier l'inactivité du liquidateur en prenant l'initiative de la vente d'un bien dont la valeur risque de se déprécier. Toutefois, comme l'a affirmé la jurisprudence, s'agissant d'une opération de liquidation, « le droit de poursuite individuelle des créanciers, qui ne peut avoir pour effet de modifier l'ordre des paiements, autorise seulement la poursuite ou l'engagement des voies d'exécution » (Com., 19 décembre 1995, *Bull. civ. IV*, n° 305, p. 279, [n° 92-19525]). C'est donc que, parfois, les titulaires de sûretés peuvent utiliser leurs prérogatives individuelles sans léser l'intérêt collectif...

² Art. L. 643-7-1 C. com. : « Le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées ».

³ Com., 26 novembre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 281, p. 238 (n° 84-16893) ; Com., 30 octobre 2000, *Bull. Civ. IV*, n° 169, p. 150 (n° 98-10688) ; D. 2001. 620, obs. A. Honorat.

⁴ A. Honorat, obs. précitées.

⁵ M. Cabrillac, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n° 20, p. 716.

⁶ D'équité, pourrait-on dire, v. J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 50, p. 50.

⁷ Sur la particularité de ce droit de rétention, v. *infra*, n° 879.

un du simple fait de cette vente ? Le législateur n'a en réalité cherché qu'à octroyer un privilège de premier rang à des créanciers dont la situation était difficile du fait de la multiplication des privilèges et des sûretés exclusives¹. Pour autant, une prérogative si incompatible avec la nature des choses et l'architecture du droit des procédures collectives ne devrait pas perturber le traitement collectif du passif. La restauration de la cohérence du droit des sûretés réelles en procédure collective passe donc également par l'abrogation du 4° de l'article 2286 du Code civil².

759. Il faut ensuite se poser la question du bien-fondé du jeu de l'attribution judiciaire et du pacte comissoire. Autoriser l'attribution judiciaire et non la réalisation du pacte comissoire n'a pas grand sens, tout comme la limitation de cette faveur au gagiste. En effet, le transfert de propriété du bien grevé à la suite de la défaillance du débiteur présente la même physionomie pour toutes les sûretés réelles. Il faut donc opter pour l'une des branches de l'alternative : sa généralisation à tous les titulaires de sûretés ou sa suppression pure et simple. A notre sens, la deuxième solution doit être favorisée. La mise en place d'un traitement véritablement collectif du passif ne peut passer que par le respect de l'ordre des droits de préférence. Le classement légal résulte de choix politiques effectués par la mise en place d'une hiérarchie entre les intérêts des différents protagonistes de la procédure collective. S'agissant de politique juridique, il est toujours possible de débattre du point de savoir si la position d'une catégorie de créanciers n'est pas trop haute ou trop basse au regard de son importance pour le bon déroulement de la procédure, mais il n'est pas viable de vider ce classement de sa substance en autorisant son contournement systématique. Le législateur ne doit pas se contredire sans cesse, en affirmant d'une part que les salariés doivent être payés par préférence à tous les autres créanciers, en autorisant d'autre part le moindre gagiste sans dépossession, qui n'a octroyé qu'un crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure, à réaliser le transfert de propriété de l'assiette de sa sûreté et à priver ces mêmes salariés de sommes alimentaires, nécessaires à leur vie quotidienne.

¹ V., poussant l'évolution jusqu'à son terme et demandant que le rétenteur soit forcé de remettre le bien utile au maintien de l'activité entre les mains des organes de la procédure en contrepartie de l'octroi d'un privilège, C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 380, p. 355 et s.

² Sur le raisonnement qui conduit à militer en faveur de l'abrogation du droit de rétention fictif et les contreparties qui pourraient être octroyées aux créanciers voyant leur situation détériorée de ce fait, v. *infra*, n° 872 et s.

760. Vers une reconstruction du droit des sûretés à partir du Livre VI du Code de commerce¹. En réalité, il convient de trancher entre deux acceptions possibles du concept de sûreté réelle. En poursuivant dans la voie actuelle et en avalisant les modifications proposées par l'Association Henri Capitant, l'on parvient à une conception de la sûreté qui n'est pas celle qui prévaut d'ordinaire. Dans ce paradigme, le droit des sûretés devrait avoir préséance sur le droit des procédures collectives, ce qui justifierait le développement virtuellement illimité des droits exclusifs. Cette vision des choses s'organise autour de la sûreté réelle vue non comme une simple cause de préférence, mais comme un moyen d'influer sur le sort du débiteur en difficulté et, surtout, comme l'attribution d'un droit intangible à la valeur du bien grevé au bénéfice du titulaire de la sûreté réelle. Le rapprochement des sûretés préférentielles et exclusives prendrait alors un sens nouveau : exactement comme la fiducie-sûreté ou les droits de propriété réservée permettent à leurs titulaires d'exclure tous les autres créanciers du constituant de l'accès à la valeur de leur assiette, les sûretés préférentielles devraient exclure le concours *via* la mise en œuvre de l'attribution judiciaire ou du pacte commissaire. La sûreté n'aurait alors plus pour fonction de réduire les risques liés à l'impécuniosité du débiteur, mais de les annihiler purement et simplement². Le titulaire d'une sûreté réelle peut alors voir ses prérogatives paralysées pendant les périodes d'observation ou d'exécution du plan mais, si une procédure de liquidation est ouverte, la sûreté devrait impérativement jouer son rôle et sa mise en œuvre remplir son titulaire de ses droits. Les chirographaires et les titulaires de privilèges

¹ Rappr. C. Saint-Alary-Houin, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », art. précité, n° 113, estimant que le droit des entreprises en difficulté « *oblige aussi parfois* une autre discipline à évoluer ».

² Pour un exemple de cette philosophie, v. Ph. Dupichot, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », art. précité, n° 2, p. 210 : « *Une bonne sûreté réelle devrait, en cas de procédure collective, garantir un paiement non seulement intégral, mais également au plus près de l'échéance convenue* », n° 28, p. 236 et s., à propos de l'instauration des classes de créanciers : « *ce pourrait être ensuite une (r)évolution de la notion même de sûreté réelle. Celle-ci ne se caractériserait plus seulement par l'identification d'un droit de préférence permettant de déroger à l'égalité des créanciers au profit de son titulaire ; elle dériverait également de son aptitude plus ou moins forte à échapper à la volonté majoritaire d'une autre classe que la sienne – et notamment à une application forcée interclasse – donc à se soustraire – partiellement ici – aux règles les plus préjudiciables pour un créancier secrétées par les procédures d'insolvabilité. La sûreté réelle renfermerait alors certes une préférence de paiement – d'ordre substantiel – mais aussi une aptitude pour le créancier à rester maître de son destin [...] Il pourrait n'y avoir ici qu'un salutaire retour aux sources, conforme au sens astronomique du vocable de révolution, celle-ci étant « le retour d'un astre du point d'où il était parti ».* L'âge d'or des sûretés réelles était précisément celui dans lequel la faveur était tout à la fois substantielle et procédurale », et, enfin, n° 32, p. 239 et s. : « *La sûreté réelle est aptitude à soustraire le créancier à tout ou partie des règles les plus préjudiciables régissant la discipline collective (la procédure elle-même, la loi de la majorité, l'application forcée interclasse, la suspension des poursuites, etc.). Si la situation de son titulaire est plus sûre, c'est non seulement parce qu'elle lui confère un rang de faveur ou une exclusivité, mais également parce que le créancier ne subira pas les affres de la loi majoritaire d'une classe qui n'est pas la sienne ou qui menacerait son rang. Libre de ses choix, libre de son vote, il sera. Dominant et non dominé, il restera. Si la sûreté réelle est d'abord tour de faveur, elle est aussi préservation de la liberté individuelle d'un créancier contre la discipline collective et les appétits des classes inférieures. Elle est garantie d'un non-« déclassement » et de la perpétuation d'une noblesse de classe* ».

n'auraient pas leur mot à dire, pas plus que les éventuels acquéreurs d'une branche viable de l'entreprise en difficulté, les nécessités du crédit imposant le paiement des titulaires de sûretés conventionnelles. Cette conception serait largement renforcée par la consécration du *best interest test* comme critère d'adoption des plans de restructuration : les créanciers disposeraient alors d'un moyen procédural pour refuser toute négociation et déclencher l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, fut-ce au détriment de l'intérêt de l'entreprise qui pourrait encore être sauvée, afin de pouvoir faire jouer leurs garanties sans entraves. Les créanciers deviendraient alors les seuls maîtres du jeu¹, leurs sûretés les habilitant à condamner à la disparition les entreprises en difficulté afin de récupérer leur « dû », aussi faible la somme obtenue soit-elle².

761. Une autre conception de la sûreté réelle est possible et, à notre sens, préférable. Les droits exclusifs devraient refluer en raison des finalités supérieures du droit des procédures collectives. C'est à une véritable reconstruction du droit des sûretés réelles à partir du Livre VI du Code de commerce qu'il faut alors se livrer, son traitement de la fiducie-sûreté constituant un modèle à exporter en raison de la faible importance qu'il accorde à la technique d'affectation en garantie³. Il s'agit là d'une invitation à délaissier les « étiquettes » attachées par le législateur aux différents mécanismes afin de se focaliser sur leurs effets concrets⁴. Mais alors, pour être

¹ L'on s'interroge même sur la possibilité de recourir à des procédures de répartitions privées, grâce au mécanisme de l'agent des sûretés, v. M. Houssin, « Une nouvelle utilisation des mécanismes fiduciaires dans la procédure collective », *LPA* 16 avril 2018, p. 7 et s.

² Rappr. Ph. Roussel-Galle, « L'attraction du droit spécial : l'exemple du droit des sûretés et des procédures collectives », *JCP E* 2018. 1332, n° 12 : « Ainsi, être titulaire d'une « bonne » sûreté pourrait bien consister, demain plus encore qu'aujourd'hui, à choisir tout autant celle qui assure un paiement que celle qui assure du pouvoir dans le cadre de la procédure collective, le pouvoir sur l'issue de la procédure étant d'ailleurs lié aux chances d'être payé en liquidation. Et l'octroi de ce pouvoir, même s'il s'exerce dans le cadre du plan adopté par des classes de créanciers aura inévitablement un effet lors de négociations amiables, puisque selon le traitement de la créance garantie en procédure collective, son titulaire aura une approche de la négociation différente ».

³ Rappr. P.-M. Le Corre, « L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté », art. précité, p. 222 : « L'équilibre trouvé par le législateur, tout spécialement avec l'ordonnance du 18 décembre 2008, nous semble un exemple de ce que doit être un bon droit des entreprises en difficulté : pas de dogmatisme, mais du pragmatisme et la recherche de l'équilibre dans les intérêts en présence. In medio, stat virtus ! », ou encore F.-X. Lucas, « Fiducie vs sauvegarde, un arbitrage équilibré », *BJS* fév. 2009, p. 105 et s. : « Cette neutralisation des sûretés pour les besoins de la sauvegarde ou du redressement et la reconnaissance de leur pleine efficacité au-delà, est une solution si convaincante que l'ordonnance l'étend au droit de rétention fictif du créancier gagiste sans dépossession. À juste titre. Mais pourquoi s'être arrêté en si bon chemin et pourquoi ne pas avoir étendu cette solution à toutes les propriétés-sûretés (en particulier la clause de réserve de propriété) et à tous les droits de rétention ? Voilà qui aurait été une vraie mesure efficace, propre à renforcer le pouvoir de séduction de la sauvegarde et l'efficacité des dispositifs de traitement des difficultés des entreprises ».

⁴ Rappr. R. A. Macdonald et J.-F. Ménard, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », in *Mélanges offerts au Professeur François Frenette – Etudes portant sur le droit patrimonial*, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 357 : « il ne faut pas se laisser séduire par la forme. Toute propriété-sûreté bouleverse – autant sinon plus que l'hypothèque – l'égalité des créanciers. Pour cette raison, il faut envisager une réglementation de leurs effets de sûreté de manière à empêcher la forme de contourner le fond ».

pleinement cohérent, le droit des procédures collectives devrait aller encore plus loin et ne pas se contenter de paralyser la réalisation des garanties portant sur les biens indispensables à l'entreprise se trouvant entre les mains du débiteur. Le rapprochement de la préférence et de l'exclusivité devrait fonctionner en deux temps, d'abord par la diminution de l'efficacité des droits exclusifs, ensuite par le renforcement de l'attractivité de la préférence. La sûreté réelle est alors envisagée comme une cause légitime de préférence appartenant à un ensemble plus large, le classement légal des droits de préférence. Son rôle est de réduire le risque de non-paiement par le débiteur, sans pour autant l'anéantir. Ce n'est pas là sa fonction : le législateur a établi une hiérarchie des intérêts à protéger, au sein de laquelle le fournisseur de crédit n'occupe pas le premier rang. Il faut alors trouver le juste équilibre entre le respect de ce classement et la maximisation des chances de paiement du créancier garanti par une sûreté conventionnelle. En un mot comme en cent, l'objectif visé est le reflux des multiples gages spéciaux afin de restituer sa consistance à l'idée de gage commun, qui « *constitue l'alpha et l'omega* »¹ du droit des procédures collectives.

762. Esquisse d'un droit commun idéal. Les restrictions proposées précédemment aux titulaires de droits exclusifs ne constituent qu'un prélude au bouleversement souhaitable de leur traitement par le droit des procédures collectives. Le système idéal mettrait en place un véritable droit commun des garanties réelles dans le contexte du Livre VI du Code de commerce en étendant les grands principes de la discipline collective, qui ne s'appliquent majoritairement qu'aux titulaires de sûretés préférentielles, aux bénéficiaires de l'exclusivité². L'ébauche d'une telle organisation peut être tracée ici en quelques lignes. Il faudrait tout d'abord soumettre aux nullités de la période suspecte toutes les sûretés, quelles qu'elles soient, lorsqu'elles ont été contractées afin de garantir une dette antérieure. La situation des créanciers serait ainsi véritablement figée à la date de cessation des paiements fixée par le tribunal. Ensuite, tous les créanciers, propriétaires et rétenteurs devraient se voir imposer l'obligation de déclarer leurs créances et leurs garanties, véritable porte d'entrée dans la discipline collective. Cette

¹ P.-M. Le Corre, « Liens entre les grands concepts du droit des entreprises en difficulté », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 87.

² En ce sens, N. Borga, th. précitée, n° 515 et s., p. 483 et s. et, surtout, C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 358 et s., p. 339 et s., avançant un certain nombre de propositions en faveur de la confection d'un régime primaire des sûretés réelles en procédure collective, tournant autour des principes d'interdiction de la réalisation d'une sûreté réelle portant sur un bien utile après le jugement d'ouverture, de nullité de toute sûreté réelle constituée en période suspecte afin de garantir une dette antérieure, ou encore de l'obligation de déclaration imposée à tout créancier antérieur, quelle que soit la nature de sa garantie.

déclaration au domaine étendu permettrait ainsi aux organes de la procédure de disposer d'une vision complète sur l'état du passif du débiteur en difficulté, mais offrirait surtout la possibilité d'ouvrir les négociations avec l'intégralité des partenaires de l'entreprise à propos des délais et remises de dettes qu'ils sont prêts à consentir.

763. Par ailleurs, dès la date du jugement d'ouverture, toutes les actions en paiement et en revendication devraient être paralysées lorsque le bien grevé se trouve entre les mains du débiteur, et ce jusqu'à l'échéance du plan de sauvegarde ou de redressement correctement exécuté^{1/2}. En cas de vente d'un bien qui n'est pas indispensable à la poursuite de l'activité de l'entreprise, ou de perception des fonds issus du paiement d'une créance grevée d'une sûreté quelconque, le mécanisme de la quote-part devrait trouver à s'appliquer. Il ne s'agit là que de l'extension des règles aujourd'hui applicable aux titulaires de sûretés préférentielles. En parallèle, les titulaires de garanties exerçant directement leur emprise sur les biens du débiteur – rétenteur autonome, gagiste avec dépossession, fiduciaire sans convention de mise à disposition – devraient être payés afin qu'ils restituent le bien grevé lorsqu'il est indispensable à la poursuite de l'activité ou réalisent leur sûreté à l'échéance de leur créance lorsqu'il ne l'est pas, mais les organes de la procédure leur appliqueraient une réduction du montant versé ou une obligation de verser un pourcentage des sommes reçues, qui ne pourrait jamais excéder le montant de la plus forte remise appliquée à un titulaire de sûreté soumis aux dispositions du

¹ Rapp. F.-X. Lucas, « Les sûretés, grandes absentes de la réforme », *LEDEN* juin 2014, p. 1 : « la neutralisation de la seule fiducie nommée et du seul droit de rétention de l'article 2286, 4° du Code civil, décidée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en vue de domestiquer ces sûretés trop brutales, gagnerait à être étendue à d'autres sûretés, en particulier les autres droits de rétention ou les fiducies innommées, pour lesquels les mêmes motifs de les paralyser se retrouvent mutatis mutandis ». Dans le même sens, J.-E. Kuntz et V. Nurit, « La cession de créances Dailly à titre de garantie à l'épreuve du plan de sauvegarde », *BJE* janv. 2014, p. 58 et s., n° 24 et s., prônant l'alignement du traitement de la cession Dailly sur celui qui est aujourd'hui réservé à la fiducie-sûreté du Code civil. V., déjà, B. Soinne, « Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite », art. précité, p. 260 : « il est profondément anormal de traiter différemment des créanciers dont la mission et l'objectif économique sont identiques, sous le prétexte que leur situation juridique a été présentée différemment. Telle est la situation selon que le financement est réali sé sous la forme juridique de leasing ou au contraire de gage ou d'hypothèque. Les créanciers gagistes ou hypothécaires sont actuellement atteints par la règle de suspension des poursuites individuelles. On constate ainsi une différence de situation anormale ».

² En ce sens, F. Pérochon, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008, p. 56 et s., n° 76 : « Quant au fond, au fur et à mesure que la propriété-sûreté se développe, la discrimination positive dont elle jouit par rapport aux autres sûretés réelles est à mon avis plus difficile à justifier [...] il serait légitime et cohérent avec les objectifs de la sauvegarde et du redressement, que les actions en revendication ou en restitution soient paralysées à tout le moins pendant la période d'observation, et même au-delà aussi longtemps que le plan de sauvegarde ou de redressement s'exécute normalement ». L'extension de la paralysie des actions en revendication aux périodes au cours desquelles les plans de sauvegarde et de redressement sont correctement exécutés se comprend parfaitement, le débiteur devant conserver tous les biens utiles à la poursuite de son activité afin de maximiser ses chances de payer ses créanciers selon les modalités prévues par le plan. Mais il faudrait, selon nous, que cette paralysie s'accompagne nécessairement d'un traitement privilégié au sein du plan, notamment au travers de l'imposition de délais réduits par rapport aux autres créanciers. En effet, le sacrifice imposé aux propriétaires est ici double, puisque leur droit de créance et leur droit de propriété sont affectés par les dispositions du plan.

plan, ni se fixer à un niveau inférieur à celui de la plus faible remise affectant les droits d'un tel créancier. Ce prélèvement ne serait alors plus fixé forfaitairement à 10%, son montant serait librement déterminé par les organes de la procédure dans la double limite précitée, ce qui l'érigerait en outil d'égalisation de la condition des différents créanciers munis de sûretés, et non en simple instrument de participation forcée au redressement du débiteur.

764. Les classes de créanciers pourraient alors pleinement jouer leur rôle sans que l'on puisse craindre une discrimination entre créanciers suivant la nature de la garantie obtenue. L'on pourrait alors réunir tous les titulaires de sûretés conventionnelles en une seule classe, opposée aux titulaires de privilèges, aux chirographaires ainsi qu'aux actionnaires, ou diviser les titulaires de sûretés conventionnelles en deux classes, suivant qu'ils bénéficient d'une sûreté avec ou sans dépossession. Le système serait alors largement simplifié et les risques de recours contestant la composition des classes drastiquement réduits. Les titulaires de garanties réelles seraient ainsi tous protégés par le *best interest test* dans la limite de la valeur du bien grevé, sans pour autant que cette procédure d'adoption des plans de restructuration ne remette en cause le redressement de l'entreprise¹. La hiérarchie des intérêts protégés serait alors clairement exprimée : le redressement de l'entreprise est privilégié, le paiement des créanciers venant au second rang, ce qui rendrait impossible l'utilisation du système des classes pour bloquer le redressement et appréhender la valeur des actifs grevés au détriment de l'adoption d'un plan de restructuration.

765. En matière de plan de cession, il faudrait étendre la solution aujourd'hui retenue en matière de crédit-bail à la clause de réserve de propriété, ce qui signifie édicter une règle empêchant les propriétaires de percevoir une somme supérieure à la valeur du bien grevé. Les bénéficiaires de garanties exclusives qui détiennent leur assiette devraient, une fois de plus, être soumis au droit de prélèvement des organes de la procédure afin de les empêcher de recevoir un paiement intégral. Les titulaires de sûretés préférentielles pourraient alors exercer leur droit

¹ Le droit belge est exemplaire sur ce point. Le Code de droit économique, par son art. L. 22 [relatif aux définitions applicables au Livre XX], 14°, crée ainsi la catégorie des créanciers sursitaires extraordinaires, rassemblant tous les créanciers antérieurs titulaires de sûretés préférentielles ainsi que les propriétaires, dans la mesure de la valeur du bien grevé. Ces créanciers se voient offrir un traitement particulièrement favorable en cas d'adoption d'un plan de restructuration, l'art. XX. 74 prévoyant alors, d'une part, que les créanciers sursitaires ne peuvent se voir imposer un délai de paiement supplémentaire que si le débiteur rapporte la preuve qu'il sera en mesure de les désintéresser intégralement à cette nouvelle échéance, d'autre part que leurs prérogatives ne peuvent être davantage diminuées sans qu'ils y consentent.

à la quote-part sur un montant bien plus considérable, sur lequel le rétenteur fictif, au titre de son droit de préférence, et le fiduciaire « sans dépossession » devraient également exercer leurs droits.

766. Enfin, il faudrait re-collectiviser la phase de liquidation par cession isolée des biens du débiteur en paralysant l'efficacité de toutes les causes d'exclusivité, restituant ainsi au liquidateur son monopole de réalisation des sûretés – sauf inertie prolongée de sa part – et en imposant des prélèvements sur le montant de la réalisation de tous les actifs vendus, qu'ils soient grevés de droits préférentiels ou exclusifs. Le retour de la propriété utilisée aux fins de garantie et du droit de rétention dans les limbes d'où ils ont été tirés par un législateur inconséquent ne pourra cependant avoir lieu qu'à un horizon très éloigné. Une autre réforme doit en effet être envisagée en parallèle, celle de la réhabilitation du droit de préférence, seule capable de priver d'intérêt les droits exclusifs.

767. Vers une amélioration de la situation des créanciers préférentiels. Dépourvus de droit de rétention fictif et de la faculté d'obtenir le transfert de propriété du bien grevé, le gagiste sans dépossession et le créancier hypothécaire doivent-ils être abandonnés à leur triste sort ? Nous ne le pensons pas, ce qui implique la revalorisation de leur droit de préférence¹. Il faudrait tout d'abord imposer au liquidateur l'obligation de réaliser les biens du débiteur qui sont dépourvus de toute garantie avant les autres. En procédant de la sorte, l'on peut immédiatement attribuer le produit de leur vente aux titulaires de privilèges généraux sans léser les intérêts des bénéficiaires de sûretés préférentielles². Ce n'est qu'après que les biens grevés de sûretés

¹ La question est en effet essentielle, le problème du désordre des procédures collectives trouvant avant tout sa source dans la dévalorisation des sûretés classiques, v. Ph. Théry, « Le droit des sûretés face à l'apurement des dettes », art. précité, n° 464, p. 395 : « *bien loin de servir les intérêts de l'entreprise, les atteintes portées aux sûretés traditionnelles [...] ont fait resurgir du passé des ombres oubliées : propriété, antichrèse [...] Les procédures collectives ont buté contre des obstacles élémentaires : la compensation de créances connexes, le droit de rétention. Le droit commun des sûretés a résisté, non sans controverse, et la Cour de cassation a revivifié l'attribution judiciaire du gage, indépendante du droit de rétention* ». En outre, la tendance à remettre en cause l'efficacité des droits exclusifs a été mise en lumière par C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018, n° 432 et s., p. 445 et s.

² Rapp., déjà, B. Soenne, « Le nantissement sur marchés publics : dépérissement définitif ou rémission ? », *JCP E* 1981. II. 13637, n° 13, p. 580 : « *à partir du moment où il existe d'autres biens, libres de toute affectation, qui auraient permis le paiement des créanciers bénéficiant du superprivilège ou des privilèges fiscaux, n'y a-t-il pas une injustice évidente à faire supporter le poids de ces privilèges par le créancier qui bénéficie d'une garantie spéciale ? Cela reviendrait à dire que c'est uniquement le hasard dictant l'ordre dans lequel le syndic bénéficie de rentrées de fonds qui déterminerait si le créancier gagiste ou hypothécaire resterait ou non privilégié. Cet ordre dépend des facilités de réalisation et non de l'intérêt des créanciers* ». L'on pourrait également songer à répartir proportionnellement la charge des privilèges généraux sur l'ensemble de l'actif du débiteur, afin de décorrélérer les chances de paiement des créanciers et l'ordre de réalisation des biens par le liquidateur, v. C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 542 et s., p. 488 et s.

pourraient être vendus, ce qui laisserait une chance au droit de préférence de jouer son office. Le risque d'insolvabilité du débiteur serait ainsi mieux réparti, les titulaires de privilèges généraux auraient davantage de chances d'être payés, et le classement légal serait respecté. L'architecture du droit des sûretés mobilières mériterait ensuite d'être revue. Il n'est pas possible de coordonner les solutions du droit des procédures collectives et du droit des sûretés tant que le foisonnement des sûretés spéciales occupant des rangs distincts persiste. La remise en ordre des sûretés mobilières, accompagnée d'une réflexion sur le rang à attribuer au droit de préférence conféré par ces garanties¹, constitue également une part indispensable des réformes nécessaires à une articulation cohérente du droit des sûretés avec le Livre VI du Code de commerce. Il faudrait enfin réduire le poids des privilèges sur la procédure, en jouant tant sur leur nombre que sur leur étendue². La situation des titulaires de sûretés réelles préférentielles ne serait certes pas idyllique, mais comment pourrait-il en être autrement ? De telles modifications auraient au moins pour effet de rendre les sacrifices demandés aux titulaires de droits de préférence moins arbitraires et de rappeler à tous que le caractère collectif de la procédure et la soumission des créanciers à des règles d'ordre public économique ne s'arrêtent pas aux frontières de la liquidation judiciaire. Il faut se souvenir qu'« *au bal des procédures collectives [...], il n'y a pas de créancier heureux* »³.

768. Conclusion de la section 2. Une fois la période d'observation parvenue à son terme, la place du droit commun en germe est très variable suivant la procédure concernée. Il occupe un rôle relativement important en matière de sauvegarde et de redressement. La grande majorité des créanciers participe en effet aux consultations individuelles et collectives précédant

¹ Sur laquelle, v. *infra*, n° 779 et s.

² Pour des propositions d'assainissement du régime des privilèges, v. *infra*, n° 885 et s. Sur le constat de leur poids trop important, v. C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », art. précité, n° 2, p. 531, n° 5 et s., p. 533 et s., ainsi que n° 48, pp. 562 et s. Des modifications sont d'autant plus nécessaires que l'ordre des privilèges est devenu très incertain avec l'intégration d'un nouvel article 2332-4 dans le C. civ. par la loi n° 2016-457 du 18 novembre 2016. Cet article institue un privilège au bénéfice des producteurs agricoles sur les sommes dues par leurs acheteurs lorsque ces derniers sont placés en procédure collective. Il est indiqué que ces créances sont payées « *nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée* » à l'exception de celles garanties par le superprivilège du Code du travail. Il devrait alors s'agir d'un privilège de deuxième rang, mais l'articulation avec les privilèges des frais de justice, de la conciliation ou des créances postérieures élues risque de créer du contentieux, v. N. Borga, « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », art. précité, n° 10, p. 296 et s., ainsi que Ph. Pétel, « Les dispositions relatives au droit des entreprises en difficulté de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016. 1341, n° 8.

³ F. Macorig-Venier, « L'évolution chaotique de la situation des créanciers titulaires de sûretés », *RLDA*, suppl. au n° 80, mars 2005. Ou, pour le dire autrement, « *le tribunal et les mandataires de justice ne peuvent offrir aux créanciers que la gestion de la pénurie* » (B. Berger-Perrin, « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif ? », *RPC* mai-juin 2012, dossier 16, n° 2).

l'adoption d'un plan. La procédure est régie par un principe d'égalité tolérant des traitements distincts entre les créanciers lorsque des différences objectives les justifient. En cas d'inexécution du plan, chacun recouvre son droit de poursuite individuelle et se voit dispensé d'accomplir à nouveau les formalités procédurales déjà réalisées. Deux ombres au tableau gâchent toutefois la cohérence d'ensemble. C'est d'abord le régime applicable aux créanciers fiduciaires, échappant aux comités de créanciers et libres de réaliser leur sûreté dans le redressement judiciaire ouvert en cas d'inexécution d'un plan de sauvegarde qui jure avec le traitement réservé aux autres titulaires de sûretés. Ces règles dérogatoires devraient être supprimées, et un droit de prélèvement imposé en cas de réalisation de la sûreté au cours de l'exécution du plan. C'est ensuite et surtout l'avènement prochain des classes de créanciers qui risque de bouleverser le système en octroyant un droit de veto aux créanciers exclusifs, fondés à refuser l'adoption d'un plan de restructuration dont les dispositions les traiteraient moins bien qu'une procédure de liquidation.

Il s'agit là uniquement du contre-coup des différences de régime injustifiables entre sûretés traditionnelles et droits exclusifs dans les plans de cession globale et la procédure de liquidation judiciaire. Les plans de cession distinguent nettement les premières, privées de toute efficacité sauf hypothèse exceptionnelle de la cession de dette, des seconds, librement réalisables et permettant le paiement intégral de leurs bénéficiaires. Pourquoi ne pas avoir repris à ce stade la distinction des sûretés avec et sans dépossession ? Sur le modèle du crédit-bail, les titulaires de droits exclusifs sans dépossession ne devraient pouvoir être payés que dans la limite de la valeur du bien grevé, tandis que les paiements reçus sur le fondement d'un droit exclusif avec dépossession subiraient le droit de prélèvement des organes de la procédure.

La réglementation de la liquidation judiciaire est encore moins claire. En principe, le droit commun est composé des règles prévoyant la répartition du prix de vente des biens du débiteur par application du classement légal des droits de préférence, ainsi que la clôture de la procédure avec interdiction de reprise des poursuites en cas d'insuffisance d'actif. En réalité, il s'agit d'un chaos dans lequel chacun cherche à être payé en contournant ledit classement. La vigueur des droits exclusifs assure le paiement intégral de leurs titulaires et les rend ainsi rétifs à toute négociation visant à l'adoption d'un plan de restructuration, ce qui annonce leur mort prochaine avec l'avènement du système des classes. La seule solution viable à nos yeux consiste alors à reconstruire le droit des sûretés à partir du Livre VI du Code de commerce, ce qui implique une

égalisation des conditions des titulaires de droits exclusifs et de sûretés traditionnelles, les premiers devant être affaiblis par une soumission accrue aux règles de la discipline collective, quand les seconds devraient être renforcés par le rehaussement du rang du droit de préférence et le toilettage en profondeur du droit des privilèges.

769. Conclusion du chapitre. Le bilan de l'étude est globalement décevant : contrairement à la situation dans laquelle le débiteur se trouve *in bonis*, aucun droit commun des sûretés réelles dans les procédures collectives n'existe en germe. La discipline collective frappe tous les titulaires de sûretés préférentielles, à des degrés divers selon qu'ils bénéficient ou non de prérogatives exclusives, et épargnent largement les propriétaires, fiduciaires et rétenteurs. La restauration de la cohérence de la matière est pourtant à portée de main. Il faut toutefois mettre fin au vrai-faux compromis qui prévaut aujourd'hui, par lequel le législateur donne d'une main à certains créanciers ce qu'il leur enlève de l'autre, tout en prétendant n'avoir pour seul objectif que le redressement des entreprises en difficulté¹. Il faut trancher : si le but est véritablement d'assurer la survie des débiteurs, il faut nécessairement écrêter les prérogatives des créanciers, mais de manière équilibrée. Il n'est pas possible de se satisfaire d'un droit des procédures collectives dans lequel les titulaires de droits exclusifs sont intégralement payés et les titulaires de droits de préférence laissés pour compte. Il faut dès maintenant affaiblir le particularisme du traitement des droits exclusifs. En revanche, à moyen ou long terme, il paraît nécessaire de mettre en place un véritable droit commun des garanties réelles.

Le droit commun des sûretés réelles au cours de la période d'observation n'est pas assez consistant. Si la majorité des règles générales se situent à ce stade de la procédure, ce n'est tout de même pas suffisant. L'édiction de quelques principes simples, dont l'ambition n'est pas démesurée, permettrait déjà de résorber un certain nombre d'anomalies. L'intégralité des sûretés réelles devraient ainsi être soumises aux nullités de la période suspecte, afin d'éviter que des créanciers peu scrupuleux ne tirent parti de la faiblesse d'un débiteur aux abois. Toutes

¹ Comp. C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 385, p. 393 et s. : « la seule raison d'être des propriétés-sûretés tient dans l'aptitude qui leur est reconnue à surmonter les restrictions progressivement imposées par le législateur à l'efficacité des sûretés conventionnelles classiques au regard d'objectifs jugés par lui préférables [...] Il peut dès lors sembler paradoxal que le législateur prête son concours au développement d'une nouvelle classe de sûretés, techniquement inférieure aux sûretés traditionnelles, dans le seul but de surmonter des obstacles qu'il a lui-même créés et qu'il pourrait parfaitement lever si telle était réellement sa volonté ».

les conventions aux termes desquelles le débiteur détient un ou plusieurs biens indispensables au maintien de son activité devraient être qualifiées de contrats en cours, afin de prévenir les revendications et réalisations intempestives qui risquent de démanteler l'outil de production. Tous les partenaires de l'entreprise en difficulté devraient ensuite participer à son sauvetage, ce qui pourrait inciter le législateur à consacrer un droit de prélèvement de l'ordre de 10% des fonds perçus par les créanciers exclusifs. Enfin, toutes les garanties financières souscrites dans un contexte où le risque systémique est absent devraient obéir à la discipline collective.

Plus le temps passe, et plus le droit commun devient inconsistant. En matière de plans de sauvegarde et de redressement, la discipline collective occupe une place assez importante... excepté vis-à-vis des créanciers fiduciaires, qui devraient être forcés de participer aux comités – puis aux classes – et de subir la continuation de leur contrat malgré l'ouverture d'une procédure de redressement faisant suite à la résolution d'un premier plan. En revanche, dans le plan de cession, sûretés traditionnelles et droits exclusifs sont traités de manières diamétralement opposées, seules les premières voyant les prérogatives qu'elles confèrent amputées. Il faudrait alors réduire l'efficacité des droits exclusifs en prolongeant les effets de la *summa divisio* des sûretés avec et sans dépossession : dans la première hypothèse, le droit de prélèvement des organes de la procédure devrait empêcher le paiement intégral, alors que dans la seconde, l'on pourrait imaginer généraliser le traitement du crédit-bail et interdire au créancier garanti de percevoir une somme supérieure à la valeur vénale du bien grevé.

Enfin, en liquidation judiciaire, il n'existe plus de droit commun. Chacun des créanciers met en œuvre ses prérogatives exclusives afin d'évincer tous ses concurrents. Le gage commun est alors pulvérisé en une myriade de gages spéciaux, excluant ainsi toute possibilité d'appliquer le classement légal des droits de préférence. L'application du *best interest test* au sein des classes de créanciers après la transposition de la directive européenne risque de faire perdurer cet état de fait, les créanciers recevant un paiement intégral se voyant alors investis du droit de refuser de subir les restrictions inhérentes à l'adoption d'un plan de restructuration. Il faudrait alors paralyser ou abroger certaines causes d'exclusivité – attribution judiciaire et droit de rétention fictif en tête – et imposer un prélèvement obligatoire à tous les créanciers afin de restaurer quelque peu le caractère collectif de la liquidation judiciaire.

Cependant, une fois des restrictions acceptées, il faudrait encore adopter une réforme d'ampleur, nivelant véritablement la situation des créanciers préférentiels et exclusifs. Seraient

ainsi communes à tous les obligations de déclarer sa créance et sa garantie, la paralysie de toutes les actions en revendication ou en paiement du jour du jugement d'ouverture au jour de l'exécution ou de la résolution du plan lorsque le bien grevé est détenu par le débiteur et utile à la poursuite de son activité, ainsi que la mise en place d'un prélèvement obligatoire – dans la double limite de la plus faible et de la plus haute réduction de créance imposée aux créanciers préférentiels – à la charge de tous les créanciers obtenant leur paiement des organes de la procédure, par la réalisation de leur sûreté avec dépossession portant sur un bien « inutile », ou directement d'un tiers. De même, dans le plan de cession, tous les titulaires de sûretés sans dépossession, sans distinction, devraient exercer leurs droits sur la quote-part du prix de cession qui leur est attribuée, et les titulaires de sûretés avec dépossession se faire payer, déduction faite des sommes prélevées par les organes de la procédure. En liquidation judiciaire, toutes les causes d'exclusivité devraient être paralysées afin de conférer au liquidateur un monopole de réalisation des sûretés, et la valeur apparaissant alors ferait également l'objet d'un prélèvement. Les titulaires de droits exclusifs ne pourraient alors plus se retrancher derrière leur position inexpugnable en liquidation afin de refuser de voter en faveur de l'adoption d'un plan de restructuration. Cette réforme ne constituerait cependant que l'un des volets du triptyque visant à restaurer l'efficacité des sûretés traditionnelles, ses deux autres pans ayant trait à la clarification du droit des sûretés mobilières et la remise en ordre du droit des privilèges. Le « Grand Soir » des sûretés traditionnelles n'est certainement pas pour demain, mais cela n'empêche nullement d'y réfléchir dès aujourd'hui¹...

¹ Rapp. M. Sénéchal, « Plaidoyer pour le grand soir », *BJE* juill. 2018, p. 237 : « *Simplifions les sûretés et redonnons aux plus belles d'entre elles l'efficacité qu'elles n'auraient jamais dû perdre. On évitera ainsi de recourir au mécanisme fruste de la propriété-garantie, d'être contraint de créer des droits de rétention fictifs alors que le droit de suite devrait suffire à protéger son titulaire et aux dirigeants de se porter cautions* ».

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

770. L'existence en germe d'un droit commun des sûretés réelles lorsque le débiteur est *in bonis*. L'édification d'un droit commun des sûretés réelles dans l'hypothèse où le débiteur peut encore faire face à ses dettes ne constitue pas une tâche insurmontable. Il suffirait de rassembler dans le Code civil, en ouverture du Titre consacré aux sûretés réelles, les principes communs énoncés parfois à l'identique dans le régime des différentes sûretés. Ce Titre introductif serait divisé en trois parties, ce qui reflète les trois temps de la vie de toute sûreté réelle. La partie consacrée à la phase de constitution de la sûreté mettrait ainsi en avant le principe de liberté du créancier bénéficiaire dans ses rapports avec le constituant, qui devrait pouvoir demander une promesse de sûreté ou sélectionner la sûreté de son choix parmi tout l'arsenal mis à sa disposition par le législateur, sauf motif impératif de protection du constituant. Réciproquement, devront être mises en évidence les contraintes imposées au créancier bénéficiaire dans ses rapports avec les tiers, dont les intérêts doivent être protégés tant par le *numerus clausus* des sûretés que par l'application mécanique des règles de publicité légale. La sûreté réelle tire sa légitimité de sa prévisibilité : pas de sûreté sans texte ; pas de sûreté opposable sans accomplissement des formalités légales ! Ces règles s'appliquent exactement de la même manière aux fiducies et aux droits de propriété réservée – du moins lorsque ces derniers sont soumis à une mesure de publicité – ce qui témoigne de l'existence en germe d'un droit commun de la constitution de toutes les garanties réelles.

771. Le particularisme des sûretés réelles devrait ensuite être exposé au sein d'une partie réservée à leur phase de conservation. Par le biais de techniques préventives particulièrement adaptées aux garanties réelles – l'indivisibilité et la subrogation réelle –, le bénéficiaire se voit protégé contre les transformations de la composition de l'assiette ou les modifications apportées à la créance garantie. La sûreté réelle est ainsi caractérisée par une très grande souplesse, son assiette initiale pouvant être remplacée par d'autres biens au cours de son exécution, tandis que les divisions de la créance, de la dette ou de l'assiette elle-même ne remettent pas en cause l'existence de la garantie. Si ces techniques s'avèrent insuffisantes, il est possible de recourir à des techniques curatives qui, dépourvues du pouvoir de reconstituer l'assiette de la sûreté,

assurent essentiellement une fonction comminatoire en imposant une sanction aux personnes portant atteinte à l'efficacité d'une sûreté. On reconnaît là l'engagement de la responsabilité civile ou pénale des infracteurs, dont la mise en œuvre est peu satisfaisante pour le bénéficiaire de la sûreté, sauf engagement de la responsabilité d'un tiers au rapport de base, et notamment le notaire. Là encore, les différences techniques importent peu : l'indivisibilité, la subrogation réelle et l'engagement de la responsabilité civile et pénale ne devraient pas s'appliquer différemment aux sûretés préférentielles, aux fiducies et aux droits de propriété réservée. La phase de conservation des garanties réelles constitue également un terrain approprié à l'édification d'un droit commun.

772. Enfin, la troisième partie du Titre introductif serait consacré à la phase de réalisation des sûretés réelles. L'ordonnance du 23 mars 2006 a d'ores et déjà effectué une grande partie du travail en harmonisant les règles relatives à la mise en œuvre de ces garanties. Il suffirait donc de formaliser l'existence d'une option de droit commun entre la réalisation « classique », s'exerçant par une saisie du bien grevé suivie d'une vente en justice et d'une procédure de distribution au cours de laquelle les créanciers peuvent exercer leurs droits sur la contre-valeur des biens grevés, et la réalisation par attribution de la propriété des biens composant l'assiette de la sûreté. Il faut toutefois faire remarquer qu'une fois de plus, l'exclusivité revendiquée par le droit des sûretés ne présente pas le caractère absolu qu'on lui attribue d'ordinaire, la « propriété-réalisation » ne pouvant jamais priver les créanciers inscrits antérieurement sur le bien de leur droit de préférence. Les sûretés préférentielles et exclusives obéissent là encore au même régime, ce qui n'est pas le cas des droits de propriété réservée. Leur particularisme ressort avec éclat à ce stade du raisonnement : fondées sur la conservation de son droit de propriété par le créancier, elles ne se dénouent ni par la vente du bien, ni par son attribution au propriétaire, mais par sa restitution qui l'investit du pouvoir d'en disposer à nouveau. Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater l'existence d'un droit commun en germe propre aux sûretés réelles, tant préférentielles qu'exclusives, assez largement partagé avec les garanties reposant sur la conservation de son droit de propriété par le créancier. A un concept unitaire répond donc un régime unitaire... du moins en dehors du droit des procédures collectives.

773. L'inexistence d'un droit commun des sûretés réelles dans les procédures collectives. L'étude du traitement des sûretés réelles par le droit des procédures collectives fait apparaître la *summa divisio* des sûretés avec et sans dépossession. Tant qu'il existe une chance de redresser l'entreprise, les biens grevés de sûretés sans dépossession demeurent entre les mains du débiteur tant qu'il paye régulièrement son dû à leurs bénéficiaires, les inexécutions antérieures au jugement d'ouverture n'ayant aucune incidence sur la poursuite du contrat en cours. A l'inverse, les biens grevés de sûretés avec dépossession sont soit vendus par les organes de la procédure, avec consignation d'une quote-part au profit du créancier, soit vendus par le créancier fiduciaire qui appréhende seul les fonds, soit restitués au débiteur contre paiement de la créance garantie lorsqu'ils sont indispensables au maintien de l'activité de l'entreprise. Le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété mobilière est toutefois soustrait à l'application de ses règles, dans la mesure où il peut librement revendiquer ses biens, sauf paiement intégral de ce qui lui est dû. De manière générale, les titulaires de droits exclusifs sont bien mieux traités que les bénéficiaires de sûretés préférentielles, du moins lorsque l'assiette de la garantie se trouve entre les mains du créancier. Au-delà de l'interdiction des paiements, les fiducies hors du Code civil ne doivent pas être déclarées et ne sont pas sujettes aux nullités de la période suspecte, ce qui fait apparaître des différences de traitement importantes selon la sûreté choisie par le créancier.

774. La situation ne s'améliore pas davantage au stade de la détermination du sort du débiteur en difficulté. Les créanciers fiduciaires sont exclus des comités pouvant imposer des remises de dettes à leurs membres dans la détermination du plan de sauvegarde ou de redressement. Le transfert de la propriété des biens crédits-baillés ou grevés de clauses de réserve de propriété ne peut être obtenu que par le paiement intégral des sommes dues au créancier-proprétaire, là où les bénéficiaires de sûretés préférentielles doivent se contenter d'une quote-part du prix de vente de l'assiette de leurs sûretés. Mais il y a plus : en matière de liquidation, qu'il s'agisse de plan de cession globale ou de cession isolée des biens du débiteur, le paysage législatif ressemble à un « *Far West* » dans lequel chacun des créanciers tente de dégainer son droit exclusif le premier. Les plans de cession peuvent ainsi achopper sur le refus des créanciers exclusifs de voir le bien grevé leur échapper sans paiement intégral de leurs créances, quand les bénéficiaires de sûretés réelles voient parfois le contrat de prêt les liant au

débiteur transféré au cessionnaire, leur paiement s'effectuant alors au préjudice de tous leurs concurrents. Pire encore, la cession isolée des biens du débiteur voit le caractère collectif de la procédure refluer à toute vitesse, chacun des créanciers tentant d'obtenir le paiement par la mise en œuvre d'une fiducie, d'une revendication, de la saisie d'un bien insaisissable pour la collectivité des créanciers, du report d'un droit de rétention sur le prix de vente du bien retenu, de l'attribution judiciaire du bien gagé, etc. Le droit commun des sûretés réelles en devient inexistant, le classement légal des droits de préférence jouant un rôle résiduel, au mieux.

775. L'incohérence législative ressort donc avec éclat : au concept unitaire de sûreté réelle répond un régime unitaire lorsque le débiteur peut faire face à ses dettes, et à une myriade de régimes spéciaux en droit des procédures collectives, essentiellement en liquidation judiciaire, procédure la plus fréquemment ouverte. La situation n'est pas tenable : réserver aux titulaires de sûretés conventionnelles, par tous les moyens possibles, un droit inamovible sur la contre-valeur d'une part de l'actif du débiteur en difficulté ne fonctionne pas. Comment redresser alors les entreprises en difficulté grâce aux plans de cession globale ? Les titulaires de droits exclusifs peuvent y faire échec en refusant l'inclusion de leur bien dans le plan. Comment payer les salariés, les organes de la procédure et les créanciers ayant consenti à apporter leur concours au débiteur en temps de crise ? Ces titulaires de privilèges se voient dénier tout accès au gage commun par la mise en œuvre simultanée d'une multitude de droits exclusifs. Le système est à bout de souffle, et son sauvetage ne nous semble pouvoir passer que par une révolution au sens étymologique du terme, et donc au retour du droit de préférence comme moyen de protection privilégié des créanciers. Le droit de préférence permet d'instaurer une hiérarchie des intérêts en présence par le respect du classement légal, ne gaspille pas inutilement le crédit du débiteur et n'investit pas les créanciers d'un droit de vie ou de mort sur l'entreprise en difficulté. La reconstruction doit partir des solutions retenues par le droit des procédures collectives au cours de la période d'observation : seules des différences objectives de situation peuvent justifier un traitement différent des créanciers, et non de simples différences dans la technique employée. Petit à petit, les créanciers fiduciaires devraient donc se voir traiter comme les autres titulaires de sûretés réelles, et les titulaires de clauses de réserve de propriété, crédits-bails et droits de rétention se voir imposer de plus sévères restrictions à leurs droits. Ils se reporteraient alors naturellement sur les sûretés préférentielles, dont

l'attractivité doit être renforcée par un toilettage en profondeur des régimes spéciaux : il existe aujourd'hui trop de sûretés conventionnelles, d'efficacité souvent réduite, et trop de privilèges, qui sapent considérablement l'efficacité des sûretés conventionnelles. Nul besoin de céder à la « *fiduciolâtrie* »¹, c'est du renforcement du droit de préférence que doit venir le renouveau des sûretés réelles.

¹ F.-X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 283, 1997, n° 584, p. 299.

TITRE DEUXIÈME : LA RATIONALISATION DU DROIT SPÉCIAL DES SÛRETÉS

776. La diversité excessive des sûretés, source de confusion. Le Conseil constitutionnel a beau répéter, décision après décision, qu'il a fixé au législateur un objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité du droit¹, cela ne permet pas de dissiper pour autant le brouillard qui dissimule la cohérence du droit des sûretés. Les sûretés, tant conventionnelles que légales, sont bien trop nombreuses, et leur classification est défailante. Avant la grande réforme du 23 mars 2006, le législateur n'a jamais rénové l'édifice des sûretés, ce qui signifie que, pendant deux cents ans, il s'est borné à apporter des réponses ponctuelles aux maux endémiques qui secouaient le droit des garanties. Le caractère anti-économique de l'exigence de dépossession dans le gage a ainsi été combattue par l'édiction de multiples gages spéciaux sans dépossession, tout comme une kyrielle de privilèges ont vu le jour afin de renforcer la position des créanciers dont les droits ont été affaiblis par les restrictions imposées par le Livre VI du Code de commerce... ou l'octroi généreux de privilèges à leurs concurrents. Il en résulte un droit illisible, pulvérisé entre divers Codes, dans lequel tout classement légal des causes de préférence devient impossible. A en croire M. Legeais, il faudrait ainsi envisager mille cinq cents cas de figure afin de déterminer le rang de chaque sûreté au sein de chaque étape de la procédure collective². Ce flou nuit énormément au prestige du droit de préférence : entre un paiement exclusif et un droit de préférence à l'efficacité incertaine, qui choisirait le deuxième ? Il paraît donc indispensable de rationaliser les droits spéciaux des sûretés et, plus particulièrement, le droit des sûretés mobilière et celui des sûretés légales, devenus au fil des ans des labyrinthes inextricables³.

¹ V., par ex., la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, considérant 13, ou encore la décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, considérant 67.

² D. Legeais, « Le droit français, modèle ou anti-modèle ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 33 : « Notre droit du crédit est devenu le droit d'un petit nombre d'initiés. La multitude de sûretés, de prérogatives, de croisements à envisager avec le droit des procédures collectives est un trop grand facteur de complexité et de conflits difficiles à résoudre. Près de 1 500 cas doivent être examinés dès lors que sont prises en compte les diverses phases de chaque procédure collective ».

³ Rappr. J.-L. Bergel, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique », in D. Bert, M. Chagny et A. Constantin (dir.), *La simplification du droit*, préf. J.-L. Debré, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, T. 15, 2015, n° 5, pp. 24-25 : « on peut légitimement se demander si l'idée de simplification du droit n'est pas une utopie et si l'on peut raisonnablement imaginer de simplifier le droit. Le concept même de système juridique, dont on a vu qu'il s'impose pour que le droit soit cohérent,

777. Rationalisation du droit des sûretés mobilières conventionnelles. Bien sûr, il ne s'agit pas d'affirmer que la diversité des sûretés est un mal en soi. Si un régime spécial tire sa raison d'être des particularités du bien grevé par la sûreté, il n'y a rien à redire. La mauvaise diversité, en revanche, doit être critiquée, et peut être remarquée toutes les fois que les particularismes des biens bénéficiant d'une technique spéciale d'affectation en garantie ne sont pas suffisamment accusés pour justifier l'existence de régimes spéciaux. C'est par exemple le cas du gage de stocks du Code de commerce, car des stocks peuvent parfaitement être affectés en garantie en recourant au gage du Code civil¹. La découverte d'un droit commun en germe des sûretés conventionnelles constituait donc un préalable indispensable à la rationalisation des sûretés mobilières conventionnelles : elle permet de se focaliser sur les règles spéciales du droit des sûretés, entendues comme celles qui ne s'appliquent pas de manière générale à toutes les sûretés conventionnelles. Une telle étude est de nature à révéler que la classification actuelle, séparant les sûretés sur meubles corporels des sûretés sur meubles incorporels, n'est pas satisfaisante. Il serait préférable de tracer une ligne de démarcation entre les sûretés hypothécaires, portant sur des biens « enregistrés » et conférant un droit de suite virtuellement illimité à leurs titulaires, et les sûretés non-hypothécaires, lesquelles doivent recourir à d'autres modes de protection de leurs bénéficiaires, faute de système de publicité complet. A partir de ces catégories, il sera plus facile de déterminer la place à réserver à la diversité des sûretés mobilières et les mesures à prendre afin de réaliser le programme que nous nous sommes fixés, à savoir la réhabilitation du droit de préférence (**Chapitre 1**).

778. Rationalisation du droit des sûretés légales. Un degré supplémentaire de complexité est franchi lorsque l'on recherche la cohérence animant le droit des sûretés légales, et spécifiquement celui des privilèges. Ils pullulent depuis des siècles alors même que l'on ne peut apporter de réponse claire et nette à la question de la détermination de leur nature. Un examen sommaire de ce pan – le plus aride – du droit des garanties révèle que la cohérence notionnelle ne saurait exister, les différentes techniques subsumées sous le qualificatif de

accessible et praticable, implique qu'il ne peut qu'être complexe. Autrement dit, la complexité est inhérente au droit et il est illusoire de prétendre rendre le droit simple. Ce serait le démanteler, le pulvériser, le dépouiller de ses fonctions essentielles, le couper des réalités, ruiner son efficacité, créer l'anarchie... On peut dès lors, tout au plus, tenter d'éliminer les nombreuses scories qui souillent le corpus normatif, supprimer les textes inutiles, résorber des contradictions et des incohérences pernicieuses, améliorer la qualité des normes en les purgeant de leurs imperfections... C'est déjà là une tâche immense et ardue ».

¹ Sur l'option entre ces deux figures, v. *supra*, n° 513 et s.

« privilèges » ne présentant pas toutes les mêmes caractéristiques. Mais il faut nécessairement aller au-delà de ce constat, tant ces garanties, bien souvent occultes, affaiblissent les droits des titulaires de sûretés conventionnelles. A l'heure d'une nouvelle réforme du droit des sûretés, le législateur doit se poser la question de la politique juridique à suivre : faut-il garder le cap, en octroyant un droit de préférence d'origine légale à la plupart des créanciers qui en formulent la demande, forçant ainsi les concurrents à trouver leur refuge dans les droits exclusifs, ou bien faut-il au contraire virer de bord en restreignant tant le nombre de privilèges que leur efficacité afin de favoriser le recours au droit de préférence d'origine conventionnelle ? La deuxième option nous paraît, de loin, la meilleure¹, parce qu'elle seule est de nature à faire refluer l'exclusivité et à permettre de parvenir à une harmonie entre la technique du droit des sûretés et les objectifs poursuivis par le droit des procédures collectives (**Chapitre 2**).

¹ V., déjà, J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 1048, p. 479, estimant que le recours à l'hypothèque mobilière n'est pas la panacée et qu'« une réforme moins ambitieuse mais probablement plus utile consisterait à tailler plutôt dans le maquis des sûretés légales ».

Chapitre 1 : Rationalisation du droit spécial des sûretés mobilières conventionnelles

779. Présentation sommaire du désordre. A première vue, le droit des sûretés mobilières conventionnelles est organisé de manière cohérente. L'article 2329 du Code civil distingue le gage, sûreté sur meuble corporel, du nantissement, sûreté sur meuble incorporel. La *summa divisio* des sûretés mobilières repose donc sur la nature de leur assiette, et chacune de ces garanties connaît son régime propre, situé aux articles 2333 et suivants pour le gage, 2355 et suivants pour le nantissement. Qui plus est, les textes du Code civil instituent un « droit commun du gage », ce dont la jurisprudence tire les conclusions qui s'imposent en affirmant que ces articles sont aptes à pallier les vides juridiques des régimes s'appliquant aux différentes sûretés spéciales sur meubles corporels. Ainsi, au cœur du fameux arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 12 novembre 2015, se trouvait la question de savoir si des récoltes futures pouvaient faire l'objet d'un warrant agricole, le Code rural et de la pêche maritime étant muet sur ce point. La Cour de cassation n'a eu qu'à appliquer l'article 2333 du Code civil pour répondre, par l'affirmative, à la question posée¹. Le raisonnement de la Cour est exemplaire : dans la mesure où aucun texte de droit spécial n'excluait que le warrant agricole puisse porter sur des récoltes futures, le droit commun trouvait à s'appliquer, respectant ainsi le vœu de la Commission Grimaldi². On peut alors s'étonner de la proposition de l'Association Henri Capitant qui vise à supprimer l'expression « droit commun du gage » du Code civil, alors qu'elle correspond pourtant parfaitement à la réalité³.

¹ Civ. 1^{re}, 12 novembre 2015, n° 14-23106, *RTD Civ.* 2016. 415, obs. P. Crocq ; *D.* 2016. 178, obs. C. Juillet ; *RDC* sept. 2016, p. 470 et s., obs. M. Julienne ; *JCP E* 2016. 1113, n. S. Zinty : « l'article 2333 du code civil dispose 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 ; qu'il s'ensuit que le warrant agricole, dont le régime n'exclut pas qu'il puisse concerner des biens mobiliers corporels futurs, peut non seulement porter sur les récoltes pendantes par les racines, conformément à l'article L. 342-1 du code rural et de la pêche maritime, mais également sur les récoltes futures, en application du droit commun du gage ».

² V. M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et Patr.* sept. 2005 : « le projet n'abroge pas toute une série de sûretés mobilières spéciales qui sont prévues par d'autres codes ou par des lois spéciales (par exemple, le nantissement du fonds de commerce, le nantissement des logiciels ou encore le nantissement des droits de propriété industrielle). Mais [...] les textes régissant ces sûretés particulières pourraient, devraient même, être interprétés par référence aux nouvelles dispositions du Code civil, qui formeraient le droit commun de la matière ».

³ L'avant-projet prévoit en effet que le chapitre II relatif au gage s'intitule « Du gage de meubles corporels ».

780. Malheureusement, au-delà de cette vocation du droit commun du gage à combler les manques du droit spécial, la cohérence s'évanouit¹. Alors que le législateur de 2006 a souhaité instituer une sûreté mobilière capable de porter sur tout meuble corporel, pourquoi n'a-t-il pas profité de l'occasion pour supprimer quelques-uns des gages spéciaux²? Nombre de ces derniers avaient été créés afin de permettre aux professionnels d'affecter leurs biens en garantie sans être forcés de les remettre à leur créancier, modalité de formation du contrat antiéconomique s'il en est³. Une addition de réponses ponctuelles à un problème endémique, l'inexistence d'une sûreté mobilière de droit commun sans dépossession, n'aboutit pas à une législation claire et facile d'accès⁴. La dépossession ayant été rétrogradée au rang de modalité d'opposabilité du gage, et non plus de validité, il aurait fallu s'interroger sur l'opportunité du maintien de sûretés dont la raison d'être première avait disparu, et dont le régime diffère parfois de celui du gage sur des points de détail souvent nuisibles à l'efficacité de la garantie⁵. Le sommet de l'incohérence a été atteint avec la création du gage des stocks du Code de commerce, concomitamment à la généralisation du gage sans dépossession... L'organisation d'ensemble du droit des sûretés sur meubles corporels gagnerait à être réévaluée, la dispersion actuelle des

¹ Par ailleurs, il ne faudrait pas croire que la référence au droit commun du gage soit la panacée. Dans le système actuel, il est difficile de circonscrire précisément les frontières de l'application des art. 2333 et s. C. civ. face aux régimes spéciaux, v. M. Julienne, obs. précitées, spé. n° 13 et s., par ex. n° 18 : « *l'application subsidiaire du droit commun comme complément du droit spécial ne permet qu'une unification limitée des sûretés mobilières ; elle ne dispense en aucune manière d'une réflexion d'ensemble sur la matière* ».

² V., déjà, L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et Patr.* juill. 2007.

³ Pour un bref rappel historique, v. J. Hamel, « Le gage sans dépossession », *D.* 1945. chron., p. 37 et s., ou encore R. Roblot, « Les sûretés mobilières sans déplacement », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à Georges Ripert*, T. II, LGDJ, 1950, n° 1, p. 362 et s.

⁴ V., par ex., J.-F. Riffard, « Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale : requiem ou status quo ? », *Droit rural* avril 2009, dossier 25, n° 20 : « *on ne peut qu'être frappé par la similitude du développement des sûretés spéciales dans les domaines commercial et agricole. Cette ressemblance ne saurait toutefois étonner dans la mesure où les instruments créés répondaient tous aux mêmes impératifs et aux mêmes finalités. Toutefois, on peut déplorer l'absence de toute cohérence générale qui se dégage de ce mouvement. La reconnaissance de ces sûretés sectorielles s'est faite de manière erratique, sans vision d'ensemble notamment au niveau de la terminologie, les sûretés créées étant qualifiées au gré de l'humeur du législateur, de nantissement, d'hypothèque mobilière ou encore de gage sans dépossession. La multiplication de ces sûretés a aussi contribué à conférer au droit français un caractère pour le moins hétérogène, peu compatible avec les exigences de clarté et de sécurité propres à la matière* ». Pour ce constat dans le domaine spécifique des sûretés sur droits de propriété intellectuelle, v. N. Martial, « La conjugaison du droit des sûretés réelles au temps des propriétés intellectuelles », *RLDI* déc. 2005, n° 12.

⁵ On peut citer, entre autres, la prohibition initiale du pacte commissaire dans le gage des stocks, ou encore la double publicité particulièrement lourde du « nantissement » de matériel et d'outillage. Il faut écouter les paroles de Gilmore, l'un des « pères » du fameux article 9 de l'UCC américain qui, reconnaissant l'ampleur de l'innovation que constituait la création de sûretés spéciales sans dépossession, constatait qu'elles faisaient désormais obstacle à l'édification d'un droit des sûretés mobilières clair et accessible, v. « The Secured Transactions Article of the Commercial Code », *16 Law and Contemporary Problems* 27 (1951), p. 44 : « *many of the rules which Article 9 will abolish have a long and distinguished history in the law. In almost every instance there was reason and need for the rule, when it was introduced. Changes in the organization of our economy, which the rules have been powerless to prevent or impede, have made many of them obsolete; in so far as they have surviving force, it is to fetter, block, make more uncertain and more expensive financing operations which have come to be regarded as legitimate and seem in any case to be necessary. Milestones in the past, these rules are only millstones now* » (c'est nous qui soulignons).

textes dans de multiples Codes constituant un facteur d'insécurité et d'inefficience¹. Ce problème est loin d'être propre à la France : il a été rencontré – et résolu – tant aux Etats-Unis, au Québec qu'en Belgique, alors que la CNDUCI a rédigé un guide législatif et une loi-type incitant les pouvoirs publics à uniformiser le traitement des différentes sûretés mobilières et que les pays de l'Est de l'Europe ont modernisé leur droit sous l'impulsion de la BERD et de sa loi-modèle². Le droit français ne peut plus faire l'économie de réflexions sur ce sujet : si l'on veut réhabiliter le droit de préférence, il est nécessaire que les avantages propres à chacune des sûretés traditionnelles apparaissent clairement, la confusion actuelle jouant en faveur des droits exclusifs, qui tirent leur force de leur caractère fruste³.

781. Par ailleurs, il y a beaucoup à redire sur la *summa divisio* qui a été choisie en 2006. On chercherait en vain un droit commun du nantissement⁴, ce qui n'est pas étonnant en raison de l'extraordinaire diversité des biens incorporels, qui ne peuvent être traités de manière homogène. Pire encore, c'est le droit commun du gage qui, par renvoi de l'alinéa 5 de l'article 2355 du Code civil, a vocation à combler les vides des régimes spéciaux des sûretés sur meubles incorporels ! On a beaucoup glosé sur cette malfaçon législative⁵, sur laquelle on reviendra par la suite⁶. Relevons toutefois que la situation est problématique : si une *summa divisio* n'est pas étanche... c'est qu'il ne s'agit pas d'une *summa divisio*. Il est nécessaire de se poser la question

¹ Comp. D. Legeais, « Le droit français, modèle ou anti-modèle ? », in N. Borgia et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 32.

² Sur tous ces systèmes, v. *infra*, n° 786 et s.

³ Ceci est d'autant plus vrai que, si le régime d'une sûreté préférentielle est illisible, les parties peuvent toujours décider de recourir à la fiducie-sûreté du Code civil, au régime suffisamment clair pour porter sur tout type de biens. V. N. Borgia, « Pour un renouveau des garanties conventionnelles sur droits de propriété intellectuelle », in J.-M. Bruguière (dir.), *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2013, n° 19 et s., p. 127 et s., ou encore Ph. Dupichot, « Rapport introductif », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 20. Comp. toutefois N. Martial-Braz, « Garanties et financement des films : un jour sans fin... », *Entertainment – Droit, médias, art, culture* 2017/4, spé. n° 13 et s., p. 300 et s., estimant que le caractère occulte de la fiducie du Code civil ainsi que les incertitudes pesant sur son régime l'empêchent encore de concurrencer le nantissement de films cinématographiques.

⁴ Parmi les sûretés sur meubles incorporels, seul le nantissement de créance fait l'objet d'une réglementation complète dans le Code civil.

⁵ V., parmi une littérature extrêmement abondante, J.-M. Bruguière, « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006. 2804, n° 2 : « Les articles 2356 à 2362 ne traitent en réalité que du nantissement des créances, restant en cela totalement fidèle à la conception du code civil qui ne s'intéresse, en fait de meubles incorporels, qu'à des droits personnels [...] Nous voilà revenus au point de départ et au constat de Villey selon lequel la notion de bien en droit civil est « infectée de matérialisme » » ; C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, n° 25, p. 256 : « on peut se demander si le nantissement de droit commun, tel que voulu par l'ordonnance de 2006, n'est pas simplement une vue de l'esprit [...] le dernier alinéa de [l'article 2355 du Code civil] décide que le nantissement qui porte sur d'autres biens que les créances « est soumis (...) aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ». N'est-ce pas admettre que la distinction faite entre le gage et le nantissement est essentiellement verbale, et qu'il n'existe pas de nantissement de droit commun ? [...] La sûreté de droit commun, tant pour les meubles corporels que les meubles incorporels, est le gage » ; N. Martial, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, avant-propos M. Vivant, préf. D. Legeais, PUAM, 2007, n° 292 et s., p. 193 et s., not. n. 670, p. 193.

⁶ V. *infra*, n° 808 et s.

de la pertinence de son maintien pour progresser sur la voie de l'harmonisation du traitement des sûretés mobilières. Des enseignements peuvent être tirés de la distinction des sûretés mobilières et immobilières.

782. Apports de la *summa divisio* des sûretés sur meubles et immeubles. Traiter de la rationalisation des sûretés mobilières ne dispense pas de se référer au droit des sûretés immobilières conventionnelles. Ce dernier est organisé de manière extrêmement cohérente, dans la mesure où il est divisé entre le gage immobilier¹, sûreté avec dépossession, et l'hypothèque, sûreté sans dépossession. En raison du nombre élevé de renvois du régime du gage immobilier à l'hypothèque, c'est le régime de cette deuxième sûreté qui constitue le droit commun. Mais force est de constater que la distinction se fait ici selon la technique d'affectation de l'immeuble, ce qui peut constituer une source d'inspiration non négligeable. S'il est évidemment impossible de reproduire en matière mobilière la clarté du droit immobilier, la diversité des meubles s'opposant frontalement à l'unité des immeubles, il n'est pas interdit de se poser la question de savoir si, finalement, l'organisation d'un droit des sûretés mobilières selon la technique d'affectation du bien grevé ne serait pas préférable à ce qui existe actuellement.

783. L'on peut d'autant plus s'inspirer de cette solution qu'il s'opère un rapprochement manifeste de toutes les sûretés réelles depuis quelque temps. L'existence en germe d'un droit commun a déjà été révélée², mais il y a plus encore. Alors que le clivage des meubles et des immeubles paraissait autrefois indépassable, l'on s'aperçoit que le législateur et la jurisprudence en tiennent de moins en moins compte³. C'est ainsi que le régime de la fiducie-sûreté du Code civil est identique au mot près, que l'on se trouve en matière mobilière ou immobilière⁴, ou que le droit de rétention commence à être reconnu au détenteur d'un immeuble

¹ Bien que l'on puisse reprocher à cette expression de « gage immobilier » une incohérence vis-à-vis de la définition du gage, v. *supra*, n. 1, p. 157.

² V. *supra*, n° 495 et s.

³ A ce sujet, il est intéressant de noter que le législateur espagnol considère ce clivage comme « périmé » depuis plus d'un demi-siècle, v. G. Hubrecht, « La nouvelle loi espagnole du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession », *RIDC*, vol. 7-2, avril-juin 1955, p. 366 et s.

⁴ Comp. la rédaction des articles 2372-1 à 2372-5 d'une part, 2488-1 à 2488-5 d'autre part, les seules différences résultant de la nécessité de préciser la nature de l'assiette grevée.

dans des conditions sensiblement similaires à celles du droit de rétention mobilier¹. L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose d'aller encore plus loin dans l'effacement de cette frontière en permettant la constitution d'un gage sur un immeuble par destination², transcendant par là même la distinction des meubles et des immeubles. Bien entendu, il ne s'agit pas d'affirmer que les régimes des sûretés devraient ignorer les caractéristiques de leur assiette. Raisonner en matière de droit des sûretés suppose de faire « *du droit sur du droit* »³, ce qui rend indispensable la considération de la matérialité des biens grevés. Le clivage demeure donc, et l'on peut en donner deux exemples flagrants. D'abord, la constitution des sûretés immobilières nécessite un acte authentique *ad validitatem* là où les sûretés mobilières se contentent d'un acte sous seing privé. Ensuite, la fixité des immeubles permet d'organiser un système de publicité efficace, et donc d'octroyer un droit de suite « parfait » aux titulaires de sûretés immobilières, alors qu'il s'agit d'une situation exceptionnelle en matière mobilière⁴. Les distinctions fondées sur l'assiette de la sûreté demeurent, mais occupent une place moins importante qu'il n'y paraît⁵. Il ne faut pas s'incliner devant la vénérable propriété foncière⁶, sans pour autant l'ignorer. Les véritables clivages qui

¹ A propos de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 30 janvier 2019 (n° 17-22223) et des conditions de la rétention immobilière, v. *supra*, n° 752.

² Cette proposition est contenue dans les art. 2333-1 C. civ. et L. 112-3 CPCE de l'avant-projet, sur lesquels v. C. Juillet, « Le gage de meubles corporels dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 13 et s., p. 153 et s. L'innovation apparaît d'une importance considérable dans le domaine du financement de la construction d'éoliennes ou de panneaux photovoltaïques. En effet, le droit positif rend le gage sur la turbine, l'élément possédant la valeur vénale la plus importante, inefficace une fois qu'elle est montée sur l'éolienne (v., par ex., se prononçant en faveur de l'utilité de consentir au prêteur un gage sur le rotor et les pales, E. Ravanas, « Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques », *JCP N* 2009. 1275, n° 16. Comp., estimant que l'éolienne est en tous ses éléments un immeuble par nature, A. Reygrobellet, C. Barthélémy, J.-E. Cros et J.-L. Tixier, « De la nature juridique des éoliennes au regard de la distinction meuble/immeuble », *RDI* 2015. 567). A l'inverse, l'hypothèque sur l'éolienne est dépourvue d'intérêt si la turbine est démontée. En validant la constitution des gages sur immeubles par destination, l'Association Henri Capitant promeut des modes efficaces de financement des projets éoliens et photovoltaïques, v. J.-J. Ansault, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RDA* déc. 2019, n° 13, p. 115 ; P. Crocq, « Rapport de synthèse du Colloque de la Fédération bancaire française du 24 octobre 2017 », *Banque et Droit* nov.-déc. 2017, n° 45, p. 11. V. également J.-D. Pellier, « Réflexions sur le gage ayant pour objet un immeuble par destination ou un meuble par anticipation », *D.* 2020. 1236, ainsi qu'*infra*, n° 866 et s.

³ R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 4, p. 4.

⁴ Sur ces situations, v. *infra*, n° 818 et s.

⁵ Un auteur s'est toutefois prononcé en faveur d'une partition originale du droit des sûretés réelles, qui serait fondée sur l'opposition entre les sûretés « monovalentes » portant nécessairement sur des meubles ou des immeubles, et les sûretés « polyvalentes » qui peuvent avoir pour assiette indifféremment des meubles et des immeubles, v. L. Andreu, « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles », *LPA* 5 juin 2009, p. 5 et s.

⁶ Comp. Ph. Delebecque, « Le régime des hypothèques », *JCP G* 17 mai 2006, doct. 8, n° 10 et 12, s'opposant fermement à l'attribution judiciaire en matière immobilière : « *il est curieux que le législateur ait cédé ici à certaines sirènes de la flexibilité et d'un prétendu libéralisme. Aux sirènes étrangères également, car on entend souvent dire que certains créanciers bénéficient d'un droit plus ouvert que ne le serait le droit français auraient la possibilité de mobiliser leurs droits très facilement et de s'attribuer les biens de leur débiteur. L'immeuble n'est cependant pas un bien comme un autre et l'on a du mal à admettre, avouons-le, que dans un pays où la propriété foncière est fortement enracinée dans les mœurs, les créanciers puissent désormais s'attribuer les biens de leurs débiteurs et devenir propriétaires à leur place [...]* Le législateur a sans doute prévu une limite : l'attribution

structurent le droit des sûretés réelles semblent davantage fondés sur la technique d'affectation des biens en garantie. Après tout, la *summa divisio* du Code civil d'origine n'opposait-elle pas sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession ?

784. Méthodologie et plan. La première étape du raisonnement consiste nécessairement à déterminer le système de rationalisation le plus désirable : faut-il se prononcer en faveur de l'unification des sûretés mobilières, à l'exemple de certaines législations étrangères et des propositions émanant d'organisations internationales, ou plutôt opter pour une harmonisation plus respectueuse de la tradition civiliste, rassemblant les sûretés en « familles »¹ ? L'examen des ordres juridiques dans lesquels évolue la sûreté unique constitue alors un préalable incontournable afin de déterminer si les sirènes de « l'attractivité du droit français » justifient l'abandon de nos modes classiques de pensée. Il nous semble que la réalité de la sûreté unique est beaucoup moins simple qu'on ne le dit habituellement, ce qui devrait nous conduire à réfléchir à deux fois avant de bouleverser les conceptions qui prévalent d'ordinaire. Reste alors la solution de l'harmonisation, qui suppose une *summa divisio* bien charpentée afin de donner sa juste place à la diversité des sûretés mobilières. Il faut alors scruter l'architecture actuelle du droit des garanties mobilières pour rechercher des pistes permettant de l'améliorer. Si l'on pouvait aboutir à la construction d'un droit commun du nantissement, miroir du droit commun du gage, le droit positif pourrait être sensiblement amélioré. Il nous semble cependant qu'une telle entreprise est vouée à l'échec en raison des différences de nature, parfois considérables, entre les divers biens incorporels. Cette fois, « *l'uniforme capuchon gris* » ne peut recouvrir « *le monde bariolé des choses* »²... Ces deux propositions seront donc rejetées (**Section 1**).

Si l'on est convaincu que la sûreté unique ne constitue pas la solution idoine et que la distinction des sûretés selon l'assiette sur laquelle elles portent n'a pas véritablement d'avenir,

est exclue si l'immeuble « constitue » la résidence principale du débiteur. C'est la moindre des choses ! Mais pourquoi se limiter à cette résidence ? La résidence secondaire ne mériterait-elle aucune protection ? Quid également de la maison de famille ? Quid aussi de la terre patiemment cultivée et transmise de génération en génération ? Va-t-elle entrer dans le patrimoine des établissements bancaires agricoles ? A-t-on mesuré tous les ressentiments que la mise en œuvre de l'attribution en pleine propriété d'un bien immobilier au détriment du débiteur peut susciter ? »

¹ Sur cette possibilité, v. O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD Civ.* 2013. 255, *in fine*.

² J. Carbonnier, *Droit civil - Les biens*, T. III, PUF, 18^e éd., 1998, n^o 46, p. 78. Rapp. A. Hontebeyrie, « Le gage et le nantissement », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, n^o 1, pp. 21-22 : « *de ce point de vue, le droit des sûretés réelles, et singulièrement du gage et du nantissement, incite à relativiser un peu la célèbre métaphore du doyen Carbonnier montrant ce « capuchon gris » dont le droit des biens aurait « recouvert le monde bariolé des choses ». Car sous ce capuchon, les instruments utilisables en l'occurrence sont forts nombreux et souvent sculptés en fonction de la nature ou de la destination du bien affecté en garantie* ».

il reste une troisième voie à explorer. En effet, on a pu constater que la véritable ligne de fracture entre les sûretés se situait davantage au niveau de la technique d'affectation que de la nature des biens affectés. Dès lors, il semble possible de proposer une nouvelle grille de lecture. D'une part, l'on pourrait étudier les sûretés hypothécaires, grevant des biens facilement localisables, qui se caractérisent ainsi par un système de publicité complet, permettant d'accorder un droit de suite « parfait » à leurs titulaires. D'autre part se trouveraient les sûretés non-hypothécaires, ensemble moins homogène, qui contiendrait toutes les sûretés portant sur des biens dont la localisation continue est impossible : les meubles déplaçables ainsi que les actifs financiers. Ces sûretés ont en commun de ne jamais conférer de droit de suite virtuellement illimité à leurs titulaires, leur sécurité étant toujours assurée, plus ou moins efficacement, par d'autres moyens. Pour s'assurer de la pertinence de cette *summa divisio*, il faudra réussir à élaborer un droit commun des sûretés hypothécaires, et un autre pour les sûretés non-hypothécaires, c'est-à-dire parvenir à identifier une « sûreté-modèle » dont le régime serait apte à combler les manques constatés au sein de la réglementation des autres sûretés du même type. Par la suite, il serait bon de s'interroger sur le maintien des sûretés spéciales, et donc d'examiner les possibilités d'enrichir le droit commun « familial » par l'ajout de règles propres aux sûretés spéciales, tout en annonçant dès à présent que, si le particularisme de l'assiette justifie le maintien de la sûreté, il ne sera pas question de la supprimer¹. Le régime de toutes les sûretés mobilières pourrait être ainsi déterminé par référence à trois corps de règles : le droit commun des sûretés réelles, le droit commun « familial » et, enfin, les règles spéciales à chaque sûreté, s'il y a lieu. Voilà la proposition retenue (**Section 2**).

Section 1 : Les propositions rejetées

785. Plan. Si nombre d'ordres juridiques étrangers admettent l'existence d'une seule sûreté réelle, pourquoi le droit français ne pourrait pas en faire de même ? Cette idée est de plus en plus favorablement accueillie au sein de la doctrine française. A première vue, il s'agirait là

¹ On peut penser par exemple au nantissement de films cinématographiques, dont le régime spécifique fait aujourd'hui le succès, v. N. Martial-Braz, « L'approche unitaire des sûretés mobilières, solution pour le droit français ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 19, p. 46.

de la solution la plus adaptée au désordre qui affecte actuellement notre droit des sûretés, où l'unité du concept de sûreté n'est pas synonyme de régime unique. Pourtant, le fait que ni la Commission Grimaldi, ni le législateur du 23 mars 2006 ne retiennent cette hypothèse doit inciter à la prudence. Lorsque l'on observe de plus près l'état des droits étrangers, l'on se rend compte en réalité que la « sûreté unique » n'est qu'un mirage : non seulement elle n'existe pas mais, de plus, elle ne constitue pas toujours un facteur de simplification du droit (§1).

La diversité des sûretés mobilières, qui n'a pas que des inconvénients, doit donc être maintenue. Encore faut-il pouvoir se référer à une *summa divisio* cohérente pour rendre la matière accessible au plus grand nombre. Le premier mouvement de l'esprit porterait à consolider l'existant, et donc à perfectionner la distinction des sûretés mobilières sur meubles corporels et sur meubles incorporels. La réforme du 23 mars 2006 a essentiellement posé les bases de la partition, sans aller plus loin. Pourtant, bien que ce clivage ne soit pas sans mérites, l'on peut assez rapidement atteindre ses limites. Pourquoi renvoyer au droit du gage de meubles corporels pour pallier les vides juridiques des régimes des nantissements spéciaux ? Il ne s'agit pas là de reprocher une quelconque inconséquence aux rédacteurs de la réforme des sûretés : la distinction est fondamentalement viciée, le droit des biens lui-même ne pouvant être segmenté entre meubles corporels et incorporels. Les deux catégories s'entrecroisent, leurs frontières se brouillent, tant et si bien qu'il devient impossible, par contrecoup, de construire le droit des sûretés mobilières sur une base aussi friable (§2).

§1) La sûreté unique

786. Plan. La diversité, lorsqu'elle est excessive, est l'ennemi de la cohérence du système. On a déjà insisté sur la bizarrerie que constitue un droit du crédit dans lequel des garanties similaires confèrent des prérogatives très différentes à leurs titulaires, notamment dans le cadre du droit des procédures collectives¹. On ne peut se satisfaire de l'organisation d'une matière qui impose des contraintes aux créanciers alors, qu'en même temps, elle leur donne les moyens de s'y soustraire. La « cacophonie »² qui affecte le droit des sûretés doit être exposée

¹ V. *supra*, n° 63 et s.

² D. Legeais, « Propos conclusifs », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 156.

et critiquée à juste titre. Dès lors, le mouvement naturel de l'esprit serait de se tourner vers les systèmes étrangers qui ont consacré la « sûreté unique », afin de déterminer si l'uniformisation réalisée au-delà de nos frontières est exportable (A).

Malgré son attractivité évidente, il n'est pas certain que l'importation d'un tel modèle représente la solution idoine aux maux qui tourmentent le droit français des sûretés mobilières. Il est indéniable que l'approche fonctionnelle a l'avantage de conduire à l'harmonisation des prérogatives des créanciers, quelle que soit la sûreté considérée. Cependant, le droit des sûretés idéal n'existe pas : un examen plus précis des principaux systèmes étrangers révèle que l'uniformisation n'est pas aussi poussée qu'on le croit généralement, les droits exclusifs continuant à bénéficier d'un traitement de faveur. Par ailleurs, il n'est pas rare que la simplification du droit ne soit qu'apparente, certaines législations étant particulièrement difficiles d'accès. Tout bien considéré, si les droits étrangers permettent de lancer des pistes de réflexion intéressantes, les avantages retirés de l'harmonisation ne sont pas tels qu'ils méritent de renoncer à la tradition civiliste (B).

A) Présentation de la sûreté unique

787. Le *security interest* américain. C'est avant tout au *security interest* des Etats-Unis qu'il faut s'intéresser, dans la mesure où il s'agit du premier système parvenu à l'uniformisation du droit des sûretés mobilières, et qui a donc inspiré toutes les réformes étrangères par la suite. Faisant le constat de la dispersion des sûretés mobilières et de ses dangers pour les praticiens¹, le législateur américain, aidé de la doctrine, a décidé de promulguer dans les années 1950 un Code de Commerce Uniforme, dont l'article 9 constitue sans conteste l'innovation majeure. Alors qu'auparavant, les parties souhaitant conclure une convention de sûreté rivalisaient d'ingéniosité pour contourner les règles impératives qui leur déplaisaient, il a été décidé de fondre toutes les sûretés en une : le *security interest*. C'est dire que la forme de la convention est devenue totalement indifférente à sa qualification, seule la volonté des parties importe. Si elles ont entendu conférer au créancier un droit sur un bien meuble du constituant pour garantir

¹ Sur ce constat, v. G. Gilmore, « The Secured Transactions Article of the Commercial Code », art. précité, et, en langue française, J.-F. Riffard, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, avant-propos G. Rouhette, préf. J. Stoufflet, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n° 34 et s., p. 23 et s.

le paiement de sa dette, alors, il y a constitution d'un *security interest* et application intégrale de l'article 9¹. Les distinctions entre biens corporels et incorporels, sûretés préférentielles et sûretés exclusives, n'ont plus droit de cité, pas plus que la liberté contractuelle au stade de la constitution de la garantie : comme a pu l'expliquer malicieusement un auteur, « *les parties sont libres de créer une nouvelle sûreté pourvu que ce soit un security interest !* »².

788. Chaque créancier doit donc suivre les mêmes étapes pour bénéficier d'une sûreté efficace. Il faut d'abord, pour que la sûreté soit valable entre les parties, remplir les trois conditions de l'*attachment* : une contre-prestation du créancier, que le constituant soit titulaire de droits sur le bien donné en garantie et, enfin, qu'un contrat écrit entre les parties porte la signature du débiteur – ou du moins un signe permettant de l'identifier – et décrive de façon suffisante le bien donné en garantie. Une fois ces trois conditions remplies, la sûreté grève valablement le bien³. Il faut ensuite procéder à la publicité de la sûreté pour qu'elle atteigne sa *perfection*, c'est-à-dire son opposabilité aux tiers. L'UCC énonce alors sa préférence pour la publicité par inscription dans un registre centralisé, mais laisse également aux parties la possibilité de procéder autrement dans certaines hypothèses⁴. Une sûreté régulièrement publiée confère une sécurité importante à son titulaire, en raison de la *first-to-file rule* qui, comme son nom l'indique, fait triompher sur ses concurrents le créancier ayant publié le premier sa sûreté⁵. Au jour de la défaillance du débiteur, le créancier en possession du bien pourra le vendre lui-même en s'assurant d'agir à des conditions « commercialement raisonnables », demander l'attribution du bien en pleine propriété ou encore, en exécution de l'accord passé avec le

¹ Sur ce point, d'une importance capitale, v. not. J. Y. Fairfax Leary Jr., « Secured Transactions – Revolution or Evolution », 22 *University of Miami Law Review* 54 (1967), p. 66 : « *it is an evolution in which substance triumphs over form, and business needs overcome the conceptual niceties of syllogistic logic, as they have always done in the past* » ; G. Gilmore, « The Secured Transactions Article of the Commercial Code », art. précité, ainsi que J. Stroh, « Peripheral Security Interests – The Expanded Net of Article 9 », 22 *University of Miami Law Review* 67 (1967), p. 69 puis 99 : « *Except in the case of claimed and tentatively proven violation of some strong public policy, such as that against usury, or fraud, the judicial impulse was to accept a document at face value and leave the parties in the bed that they made, whether it be of rose petals or of thorns [...] Analysis of intent is no longer a question so much of the form into which a transaction is cast, as it is a question of ascertaining the result within the law which the parties desired to accomplish, and then classifying. The question to be asked is: What is the function and result of the transaction in that particular situation ?* ».

² J.-F. Riffard, th. précitée, n° 616, p. 217.

³ §9-203 (b) UCC. V. également A. A. Levasseur, « L'article 9 du *Uniform Commercial Code* », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, spé. p. 701 et s.

⁴ V. §9-310 (a) qui énonce le principe d'inscription, ainsi que les articles 9-313, 9-314 et 9-309 UCC pour les autres modes de *perfection*. Les grands principes régissant le système sont exposés *ibid.*, p. 705 et s. Les auteurs américains sont traditionnellement assez opposés à l'idée de publicité par dépossession, v., par ex., P. F. Coogan, « Article 9 – An Agenda for the Next Decade », 87 *Yale Law Journal* 1012 (1978), *passim*.

⁵ §9-322 (a) UCC.

débiteur, se voir louer le bien grevé tout en contractant l'obligation d'affecter les revenus de ce bien au remboursement de sa créance¹. Ce système, fondé sur une approche fonctionnelle des sûretés, possède des avantages évidents : nul ne peut contourner les règles impératives que le législateur a fixé en ayant à cœur de protéger les intérêts du débiteur et des tiers ; tout le droit des sûretés est réuni en un seul endroit, ce qui évite d'avoir à consulter différents Codes pour parvenir à la détermination du régime d'une sûreté ; les prérogatives des créanciers sont les mêmes, quelle que soit la garantie contractée². Il n'est alors pas étonnant que ce régime ait fait figure de modèle et ait été, dans une certaine mesure, transposé à l'étranger³.

789. L'hypothèque québécoise. Le droit québécois ne s'est toutefois pas contenté d'une transposition pure et simple de l'article 9 de l'UCC. Ses racines civilistes ont fait opter les rédacteurs du Code civil du Québec pour une diversité réduite des sûretés, sans uniformité. C'est ainsi que la présomption d'hypothèque proposée par l'ORCC a été rejetée, et que les garanties fondées sur la propriété existent toujours, quoi que certaines d'entre elles soient soumises à un régime extrêmement proche de la sûreté préférentielle unique⁴, l'hypothèque. En effet, les Québécois n'ont pas décidé de créer un nouvel instrument doté d'un régime unique. Ils ont préféré rassembler toutes les sûretés existantes sous la bannière de la plus perfectionnée d'entre elles⁵. C'est ainsi que l'hypothèque porte indifféremment sur les meubles et les immeubles, sur les biens corporels et incorporels. L'harmonisation québécoise va donc à la fois plus loin que l'uniformisation américaine – les immeubles sont également soumis au régime commun – et moins loin, les garanties exclusives continuant à affirmer leurs différences sur certains points. L'approche fonctionnelle se déduit aisément des termes de l'article 2660 du Code civil du Québec, qui définit l'hypothèque comme « *un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation* ». Si les parties ont entendu créer un droit de

¹ V., respectivement, §9-610 (a), §9-620 et §9-207 (b) (4) UCC.

² V., par ex., N. Martial-Braz, « L'approche unitaire des sûretés mobilières, solution pour le droit français ? », art. précité, p. 42 : « proposer un système unitaire c'est donc faire preuve d'un certain pragmatisme en soulignant que toutes les sûretés doivent avoir la même efficacité et que les prérogatives qu'elles confèrent doivent être les mêmes, et ce y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective [...] dire que les prérogatives doivent être les mêmes c'est en réalité demander à ce que le rang conféré au créancier soit le même selon la prérogative choisie ».

³ Il semblerait ainsi que les législations sud-américaines aient été fortement influencées par ce système, v. C. Juillet, « Les garanties mobilières sur les meubles corporels avec ou sans dépossession », in C. Larroumet (dir.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Ed. Panthéon-Assas, Colloques, 2016, n° 12, p. 14.

⁴ V. *supra*, n° 502 et s.

⁵ Sur ce processus, v. J. Auger, « Le style civiliste et le droit des sûretés réelles », in N. Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Editions Thémis, 2003, spé. p. 61 et s.

préférence au bénéfice du créancier en cas de défaillance du débiteur, alors, il s'agit d'une hypothèque. Comme nous l'avons déjà souligné précédemment, cette harmonisation avait essentiellement pour but de soumettre l'opposabilité des droits de tous les créanciers garantis à l'accomplissement des formalités de publicité, ainsi que de leur ouvrir à tous la voie des quatre recours hypothécaires. Toutefois, dans la mesure où le droit québécois distingue les sûretés préférentielles des garanties exclusives, l'appellation de « sûreté unique » ne concerne que l'hypothèque.

790. C'est également la voie choisie par certains membres de la doctrine française, comme en témoigne le colloque organisé les 11 et 12 juin 2015 par le CEDAG de l'Université Paris V autour du thème « *Quelle réforme pour les sûretés réelles ?* » Plusieurs auteurs se sont réunis pour développer le régime de ce que pourrait être l'hypothèque unique en France. Sa constitution obéirait à des règles communes de capacité et de pouvoir, sa validité serait subordonnée à la rédaction d'un écrit et son assiette assez large, à l'exemple de ce qui est déjà prévu aujourd'hui par les différentes sûretés du Code civil¹. Son opposabilité serait obtenue par l'inscription dans un registre général, malgré le maintien de certains registres spéciaux lorsque les caractéristiques du bien grevé l'exigent, ou alors par la dépossession du constituant dans certaines circonstances exceptionnelles². Ses attributs dépendraient essentiellement du type de bien grevé³. Enfin, les prérogatives qu'elle conférerait au créancier devraient être paralysées au cours de la phase de sauvetage de la procédure collective frappant le débiteur, tandis que le droit de préférence devrait pouvoir déployer pleinement ses effets dans la liquidation judiciaire⁴. Bien que cette idée soit extrêmement intéressante, l'harmonisation proposée ne va pas aussi loin que le *security interest*, les garanties exclusives étant laissées de côté. C'est la raison pour laquelle les organisations internationales se sont essentiellement inspirées du droit américain.

791. La loi modèle de la BERD et les textes de la CNUDCI. La loi modèle de la BERD et tant le Guide législatif que la loi type de la CNUDCI sont si inspirés du droit américain que

¹ N. Borgia, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 13, n° 17 et s.

² N. Martial-Braz, « L'opposabilité de l'hypothèque unique », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 14, n° 18 et s.

³ M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF* mars 2016, dossier 15.

⁴ C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 16, n° 28 et s.

l'exposé du régime retenu serait une redite¹ : dans le but de favoriser le crédit mobilier et d'harmoniser les législations internationales, ces organisations ont proposé un régime très libéral, reposant sur la possibilité de constituer une sûreté sur biens futurs pour garantir des créances futures, l'opposabilité des sûretés par leur inscription dans un registre unique, géré grâce aux moyens électroniques modernes, et la grande liberté du créancier de réaliser sa sûreté. Il s'agit simplement ici de relever que c'est toujours l'approche fonctionnelle « globale » qui est retenue². La loi modèle de la BERD propose ainsi une sûreté unique appelée « charge »³, alors que le Guide législatif et la loi type de la CNUDCI recommandent le traitement similaire des garanties portant sur tous les meubles corporels, qu'elles reposent sur l'utilisation du droit de propriété ou non⁴. Le succès international de la sûreté unique laisse circonspect : si le système proposé est si simple et comporte de si grands avantages, pourquoi n'a-t-il pas été adopté par le droit français à l'occasion de la réforme du 23 mars 2006 ? C'est que, lorsque l'on examine de plus les législations étrangères, leurs inconvénients apparaissent d'une importance considérable.

B) Critique de la sûreté unique

792. La complexité du système américain. Le premier argument que l'on peut opposer aux partisans de la « sûreté unique » consiste tout simplement à critiquer la rédaction actuelle

¹ Pour davantage de détails sur le fonctionnement de la loi modèle de la BERD, v. J.-H. Röver, « The EBRD's Model Law on Secured Transactions and its Implications for an UNCITRAL Model Law on Secured Transactions », *Revue de droit uniforme* 2010, n° 15-2, spé. p. 495 et s. ou, en langue française, C. Gavaldà, « L'assemblée annuelle du Conseil des Gouverneurs de la B.E.R.D. », *LPA* 8 juin 1994. En ce qui concerne les textes de la CNUDCI, on consultera avec profit S. V. Bazinas, « The Work of UNCITRAL on Security Interests : An Overview », *Revue de droit uniforme* 2010, 15-2, p. 315 et s., ainsi que J.-F. Riffard, « Le Guide Législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, mai 2019, n° 530-1 et s.

² Rappr. P. Bloch, « Quelques réflexions sur les sources internationales du droit des sûretés réelles », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, n° 24 et s., p. 60 et s.

³ V. le premier principe énoncé par les rédacteurs de la loi modèle : « *the Model Law is based on the idea of a single security right (a 'charge') in respect of all types of things and rights. The distinction between various traditional types of security rights, such as pledges of movables, pledges of rights, and mortgages is merged in one right* ».

⁴ V. not. la recommandation n° 2 d) du Guide législatif, incitant les législateurs nationaux à appliquer un régime uniforme aux sûretés et à « *tous les droits réels créés contractuellement pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, notamment le transfert de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, la cession de créances à titre de garantie, ainsi que les différentes formes de clauses de réserve de propriété et de crédits-bails* ». V. également la définition du terme « sûreté réelle mobilière » retenue par la loi type, à son article 2 ii) : « *le droit réel sur un bien meuble constitué par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, que les parties l'aient ou non désigné en tant que sûreté réelle mobilière, et quels que soient le type de bien, le statut du constituant ou du créancier garanti ou la nature de l'obligation garantie ; et le droit du bénéficiaire du transfert pur et simple d'une créance par convention* ».

de l'article 9 de l'UCC. Il ne s'agit certainement pas d'un motif décisif que l'on peut invoquer à l'encontre de l'uniformisation du droit des sûretés, mais cela conduit à grandement relativiser l'idée selon laquelle l'approche fonctionnelle permet une simplification du droit des sûretés mobilières. La légistique des pays de *Common Law* est, par nature, différente de celle des Etats de tradition civiliste. Il ne serait pas possible, en France, d'entamer un Livre du Code civil par une litanie de définitions, alors que le §9-102 de l'UCC en cite quatre-vingt-une, avant de renvoyer à d'autres articles pour les notions qui ne sont pas propres à l'article 9... C'est, en outre, la question de l'accessibilité du droit qui est en jeu : le droit commun des pays civilistes a notamment pour fonction de démocratiser l'accès aux règles de droit¹, en les rendant compréhensibles, si ce n'est pour l'ensemble de la population, au moins pour la majorité des juristes. La rédaction actuelle de l'article 9 – ou plutôt de ses 134 paragraphes – démontre au contraire que les membres du comité de réforme de 1998 ont entendu faire du droit des sûretés un droit de spécialistes, réservé à ceux qui évoluent dans le milieu des *Secured Transactions* depuis longtemps. C'est ainsi que M^e Sigman pointait du doigt la ressemblance de l'article 9 de l'UCC avec le Code monétaire et financier français, dont on sait qu'il n'est pas le plus accessible². Même les promoteurs les plus ardents de la réception du droit américain en France sont tenus de constater que « *les auteurs de la révision [de 1998] ont incontestablement sacrifié la simplicité et la lisibilité de la version précédente sur l'autel de la précision. Ils ont ainsi multiplié les exceptions, les exceptions aux exceptions ainsi que les règles particulières* »³. Lorsque l'on s'aperçoit que même certains professeurs chevronnés se meuvent difficilement dans les méandres du nouvel article 9, au point d'affirmer qu'il est parfois nécessaire de

¹ L. Aynès, « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport de synthèse », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 43, n° 5 : « *la lisibilité n'est pas seulement affaire de pédagogie, ce qui n'est déjà pas mal. Elle est affaire de démocratie, si nous estimons que la règle de droit doit être connue et comprise du citoyen – et pas seulement des lawyers* ». ; N. Balat, *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 571, 2016, n° 842, p. 509 : « *c'est un des grands défis qui se dessine aujourd'hui : émettre un regard critique – mais objectif – sur l'émission inconsiderée dont souffre le droit contemporain, et qui se manifeste par des règles spéciales devenues étouffantes. Il ne tient qu'aux pouvoirs publics de lancer ce chantier, qui apparaît prioritaire pour la sauvegarde d'un pacte démocratique parfois maltraité par l'octroi trop facile de particularismes trop nombreux, lesquels prennent souvent à l'intérêt général ce qu'ils donnent à l'intérêt particulier ; il ne s'agirait pas tant d'une question de pouvoir que d'une question de volonté et de conscience politique* ».

² H. C. Sigman, « The Security Interest in the United States : a Unitary Functional Solution », in M. E. Ancel (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 7, 2005, p. 55 et s., *passim*. V., déjà, A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, préf. H. S. Scott, avant-propos B. Audit, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 1990, n° 10, pp. 8-9 : « *Le Code se présente sous une forme qui peut surprendre un esprit habitué au style du Code Napoléon et à sa concision de langage. Son aspect informel dû à l'utilisation de commentaires auxquels est dévolue la tâche de révéler l'intention du législateur a pu apparaître choquant même pour des juristes anglo-saxons habitués à un langage plus précis* ».

³ J.-F. Riffard, « Le security interest américain », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, juin 2016, n° 525-22.

connaître la solution au problème posé avant de consulter le texte¹, l'on se dit que, finalement, le droit américain est loin de constituer un idéal à atteindre...

793. Le traitement délicat des garanties exclusives. Le deuxième argument qui conduit à s'opposer à l'importation de la « sûreté unique » consiste à faire remarquer que l'uniformisation ne permet pas toujours de régler la question des garanties exclusives, dont l'attrait doit nécessairement être réduit si l'on espère pouvoir réhabiliter le droit de préférence. Le droit américain semble avoir résolu le problème en subsumant les droits de préférence et les droits exclusifs sous l'appellation unique de *security interest*, mais la réalité est plus nuancée. En effet, l'article 9 connaît le *Purchase Money Security Interest* (ci-après « *PMSI* »), sûreté qui bénéficie au fournisseur impayé d'un meuble. Cette sûreté jouit d'un régime très particulier lorsqu'elle porte sur un bien de consommation : le créancier est dispensé de procéder à la formalité d'enregistrement, la *perfection* se faisant donc au jour de l'*attachment*². De plus, à de rares exceptions près, quel que soit le bien grevé d'un *perfected PMSI*, le fournisseur primera toujours le titulaire d'un *security interest* autre qu'un fournisseur, quand bien même ce créancier aurait procédé à l'accomplissement des formalités de publicité avant lui³. Le fournisseur est donc titulaire d'une « *superpriority* », selon les auteurs américains, ce que l'on peut ramener à un droit de préférence de premier rang. Or, on l'a vu, il est bien difficile de faire le départ entre un droit de préférence de premier rang et un droit « exclusif »⁴. Par conséquent, au-delà de l'uniformisation apparente des garanties préférentielles et exclusives, le droit américain retient en réalité une conception de la sûreté bénéficiant au fournisseur qui n'est pas si éloignée de la nôtre. On remarquera également que le traitement du crédit-bail est discuté⁵, ce qui démontre, une fois de plus, que si la fiducie-sûreté se glisse avec aisance dans le moule des sûretés

¹ J. W. Burns, « New Article 9 of the UCC : The Good, the Bad and the Ugly », 1 *Illinois Law Review* 29 (2002), pp. 61-62: « *in a number of places in new Article 9, the drafters used a language that looks like English but is totally incomprehensible. Lesson number nine: even in the United States, English can be a foreign language for statutory drafters. In these instances, the problem is not one of navigation (i.e., finding the right section). Rather, the problem is figuring out what the law is based on the language of new Article 9. Here, the only solution is to know what the law is before you try to find it in the language of new Article 9* ».

² §9-309 (1) UCC. Cela n'est pas sans rappeler la clause de réserve de propriété française, opposable *erga omnes* dès la conclusion du contrat de vente dans lequel elle est incluse, sans aucune formalité de publicité, v. *supra*, n° 553 et s.

³ §9-324 (a) UCC. Ce qui est traditionnellement justifié par l'idée que le vendeur est le mieux placé pour tirer un prix satisfaisant de la revente du bien grevé en cas de défaillance du débiteur, v. P. M. Shupack, « Defending Purchase Money Security Interests under Article 9 of the UCC from Professor Buckley », 22 *Indiana Law Review* 777 (1989), p. 789.

⁴ V. *supra*, n° 49 et s.

⁵ V. J.-F. Riffard, th. précitée, n° 640 et s., p. 224 et s. Le §1-203 UCC laisse le soin à la jurisprudence de déterminer au cas par cas (« *by the facts of each case* ») si les parties ont entendu contracter un véritable bail ou une sûreté soumise intégralement au régime de l'article 9. Le problème ne date pas d'hier, v. J. Stroth, « Peripheral Security Interests – The Expanded Net of Article 9 », art. précité, spé. p. 69 et s.

préférentielles, la propriété réservée aux fins de garantie manifeste, encore et toujours, sa différence¹.

794. Ces observations valent également dans l'analyse du droit québécois des sûretés, bien que sa structure soit différente. À côté de l'hypothèque unique subsistent en effet la fiducie-sûreté, la vente à réméré, la vente à tempérament, et le crédit-bail². Si les deux premiers mécanismes sont largement soumis au régime de l'hypothèque³ et que la vente avec réserve de propriété bénéficie d'un régime spécifique, parfois singulièrement distinct de celui qui s'applique à la sûreté préférentielle, le crédit-bail est tout simplement laissé en dehors du droit des sûretés. L'on peut observer que, si les articles 1842 et suivants du Code civil du Québec obligent le crédit-bailleur à inscrire ses droits pour assurer leur opposabilité aux tiers, nulle référence n'est faite par la suite à la nécessité de recourir à l'un des quatre recours hypothécaires et, de façon encore plus flagrante, la jurisprudence valide les clauses permettant au crédit-bailleur d'obtenir le paiement des loyers échus ainsi que d'une indemnité au titre d'une clause pénale en plus de la reprise du bien loué lorsque le crédit-preneur est défaillant. C'est dire que le crédit-bail ne saurait être dépeint comme un simple accessoire de la créance garantie et qu'il n'est pas interdit au crédit-bailleur de réaliser un profit du fait de la réalisation de sa garantie, la seule limite se situant dans la règle qui veut que le bénéfice tiré de l'opération ne soit pas déraisonnable⁴. Il est donc très net que la sûreté unique uniformisant les prérogatives de tous les créanciers n'existe pas : même dans les systèmes juridiques connaissant une approche fonctionnelle, certains créanciers demeurent beaucoup mieux traités que d'autres⁵. Toutefois,

¹ Ce que confirme un examen sommaire du Livre IX du Cadre Commun de référence, qui inclut les fiducies dans sa définition des sûretés mais en exclut les différentes formes de propriété réservée, les soumettant donc à un régime partiellement distinct, v. J.-F. Riffard, « Le Livre IX du Cadre Commun de Référence Européen et la future (?) loi modèle de la CNUDCI sur les sûretés réelles mobilières : Quand l'un vient d'en bas et l'autre d'en haut, il y en aura un de trop... », *Revue de droit uniforme* 2010, n° 15-2, p. 465 et s.

² V., distinguant sûretés et quasi-sûretés, M. Deschamps, « Le droit des sûretés au Québec », in M. E. Ancel (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 7, 2005, p. 73 et s.

³ V. not. l'art. 1756 C. c. Q. assimilant l'acquéreur à réméré à un créancier hypothécaire pour la réalisation de sa garantie.

⁴ V. Cour du Québec (Chambre civile), district d'Abitibi, 8 mai 1998 « *Tiffany Location Leasing* », REJB 1998-07430, n° 27 : « *il n'est pas de l'essence d'un contrat de financement d'obtenir à la fois la propriété d'un bien et le bénéfice sur le capital. Le crédit-bail constitue à ce chapitre une exception. Le Tribunal n'interviendra pas à moins que l'ensemble des obligations ou une clause ne soient considérés abusifs* ». Les juges ont ici limité l'obligation du crédit-preneur au paiement de trente-quatre échéances de loyers (le crédit-bailleur en réclamait initialement quarante-six) et n'a pas permis au crédit-bailleur de se prévaloir du taux d'intérêt de 24% sur les versements échus avant la date du jugement.

⁵ Le débat a aussi été rencontré lors des discussions relatives à la rédaction définitive des textes de la CNUDCI. Alors que la délégation allemande avait réussi à obtenir du Groupe de travail que chaque législateur puisse choisir entre le maintien des « propriétés-sûretés » en dehors du régime global, leur intégration totale ou encore une voie intermédiaire, les garanties conservant leur individualité tout en étant partiellement soumises au régime global (v. le I), n° 90 et s., du Guide Législatif), la loi type ne

cela se comprend, notamment eu égard à la nécessité de protéger les fournisseurs dans une économie de crédit. En revanche, le maintien de la diversité des sûretés préférentielles, réponse à l'hétérogénéité des biens mobiliers grevés, achève de faire de la sûreté unique une « chimère »¹ dont le droit français peut aisément se passer.

795. L'impossibilité d'occulter la diversité des biens grevés. Le principal problème est effectivement ailleurs : il faut le rappeler, réfléchir aux sûretés réelles revient à faire « *du droit sur du droit* »². Or, tant le *security interest* américain que l'hypothèque unique québécoise font semblant de méconnaître ce principe. En réalité, derrière l'apparence d'une uniformisation du droit des sûretés mobilières se trouve une diversité des garanties, fondée sur la différence de nature entre les biens affectés en garantie, qui n'a rien à envier à celle du droit français³. Par exemple, la catégorie américaine des *goods*, biens meubles corporels, comprend les immeubles par destination (*fixtures*), les biens de consommation (*consumer goods*), les produits agricoles (*farm products*), les stocks portant sur d'autres biens que les produits agricoles (*inventory*) et, enfin, tous les meubles ne rentrant dans aucune des catégories précitées (*equipment*). La sûreté portant sur chacun de ces biens obéit à un régime qui lui est propre, essentiellement au stade de la *perfection*⁴ : pour ne citer qu'un exemple, un *security interest on consumer goods* est opposable automatiquement, sans que le créancier bénéficiaire n'ait à l'enregistrer⁵, ce qui permet de tenir compte notamment de la modicité des sommes en cause. De même, la

distingue plus entre les différentes formes de garanties. Il n'a toutefois pas échappé aux observateurs les plus avertis que chaque législateur fera tout de même ce que bon lui semble de cette assimilation. Par un drôle de paradoxe, la transposition de la loi type ayant pour objet l'harmonisation des droits nationaux aboutira alors... au maintien de la diversité des garanties, v. J.-F. Riffard, « L'harmonisation internationale des droits des sûretés mobilières : ne ratons pas le train ! », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 11, n° 24. V. également Y. Emerich, « La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique ? », 44 *R. J. T.* 95 (2010), spé. p. 127, qui estime que « *Le traitement législatif des sûretés-proprétés* [par le Code civil du Québec] *ne pêche donc pas ici par excès de clarté* », et que « *plusieurs incongruités subsistent* ».

¹ C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 450, p. 455 : « *chimère que cette prétendue sûreté réelle unique qui s'appliquerait aussi bien à un œuf qu'à un bœuf, à un immeuble qu'à une créance, à une œuvre d'art qu'à une automobile ! La sûreté unique est un mythe : elle n'a jamais existé, n'existe pas, et n'existera jamais* ».

² R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.*, n° 4, p. 4.

³ V., déjà, J.-F. Riffard, th. précitée, n° 369, p. 132, fustigeant les « *dispositions et points particuliers [...] qui « pervertissent » la simplicité originellement voulue* », ainsi que l'avant-propos de G. Rouhette.

⁴ M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », art. précité, « *il a semblé qu'il serait artificiel et inopportun de confondre toutes [l]es sûretés en une sûreté unique. En premier lieu, sous bien des aspects, les sûretés sur meubles corporels se présentent très différemment des sûretés sur meubles incorporels, qu'il s'agisse du risque de détournement du bien ou de l'exécution de la sûreté en cas de défaillance du débiteur. En second lieu, s'agissant des sûretés sur meubles corporels, certains créanciers et certains débiteurs peuvent légitimement préférer une sûreté avec dépossession, les premiers parce qu'elle leur confère un droit de rétention dont on sait l'efficacité, les seconds parce que, n'étant pas publiée, elle leur permet de tenir secret leur endettement. Au demeurant, si l'on regarde de plus près le UCC, on constate que ces distinctions, absentes au stade de la naissance de la sûreté, réapparaissent au stade de sa « perfection »* ».

⁵ §9-309 (1) UCC.

constitution d'un *security interest* sur un compte bancaire n'est possible que si l'opération n'est pas conclue afin de répondre à une fin consumériste, c'est-à-dire lorsque l'obligation est principalement contractée à des fins personnelles et que le compte bancaire servant de garantie est utilisé à titre principal dans le cadre de la vie personnelle du débiteur¹. Il existe donc un droit américain spécial de la consommation dérogeant au droit commun des sûretés réelles...

796. Le droit québécois n'a pas davantage fait abstraction de la nature de l'assiette de « l'hypothèque unique ». Après quelques articles portant sur l'hypothèque en général, le Code civil du Québec distingue l'hypothèque immobilière de l'hypothèque mobilière et, au sein de cette dernière catégorie, l'hypothèque de meubles corporels de l'hypothèque sur créances, avant de poursuivre son énumération à propos d'autres hypothèques portant sur des biens très spécifiques². Chacune de ces hypothèques spéciales connaît un régime adapté à la nature spécifique de son objet : l'hypothèque mobilière est ainsi appelée « gage » lorsqu'elle constituée avec dépossession³, et confère un droit de rétention cédant dans certaines hypothèses face à l'exercice des recours hypothécaires d'un autre créancier⁴. C'est dire que l'approche fonctionnelle n'est ni synonyme d'uniformisation⁵, ni de sécurité absolue des créanciers garantis. Faut-il encore la considérer comme la panacée ?

797. Bien que les faits démontrent qu'il est impossible de parler de « sûreté unique » sans employer les guillemets, il faut se garder de rejeter en bloc les systèmes étrangers. Ils ne sont certainement pas parfaits, mais offrent tout de même des exemples de simplification du droit des sûretés mobilières, étape que le droit français n'a pas encore franchie. Il faut donc s'en inspirer, sans chercher à les recopier. Ainsi que l'ont relevé plusieurs auteurs, l'essentiel n'est pas tant de parvenir à la consécration de la sûreté unique qu'à déterminer un corps de règles

¹ V. le §9-109 (d) (13), renvoyant au §9-102 (26) UCC.

² Viennent ensuite les hypothèques sur navire, cargaison ou fret, ainsi que les hypothèques avec dépossession sur certaines valeurs ou certains titres.

³ R. A. Macdonald et J.-F. Ménard, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », in *Mélanges offerts au Professeur François Frenette – Etudes portant sur le droit patrimonial*, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 340 et s. ; L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 5^e éd., 2015, n° 828 et s., p. 428 et s.

⁴ Art. 2706 C. c. Q.

⁵ Et que dire de la loi type de la CNUDCI qui est structurée sur le modèle « A) règles générales / B) règles spécifiques aux sûretés grevant certains biens » ? On prendra pour exemple les règles de constitution d'une sûreté réelle mobilière : les art. 6 à 12 sont consacrés aux règles générales de constitution, tandis que les art. 13 à 17 concernent les règles propres aux sûretés sur créances, sur le solde créancier d'un compte bancaire, sur documents négociables et, enfin sur les biens corporels pour lesquelles sont utilisées des propriétés intellectuelles.

s'appliquant en toute hypothèse aux différentes sûretés réelles. Mais alors, en quoi cette entreprise se distingue-t-elle de la tentative d'édification d'un droit commun¹ ? Si l'impératif de simplification du droit des sûretés mobilières se fait sentir avec acuité, il ne nous paraît pas indispensable de s'y conformer en recourant à la sûreté unique. Il est tout à fait possible de consacrer des règles communes à toutes les sûretés, puis des règles communes aux différentes familles de sûretés mobilières, les caractéristiques propres à chaque bien rejaillissant en dernier ressort pour aboutir à la consécration de quelques règles spéciales qui complètent, ou parfois contredisent, le droit commun. On n'affecte pas en garantie un aéronef comme un stock de marchandises ou un compte-titres, et cette vérité ne se dément pas selon que l'on soit Américain, Québécois ou Français. Les modèles étrangers ne comportant pas d'avantages particulièrement évidents, la simplification du droit des sûretés mobilières devrait se faire selon la tradition légistique française². Toutefois, pour cela, il faut déterminer une *summa divisio* capable d'embrasser l'ensemble des meubles en les divisant en deux catégories hermétiques. Le droit positif n'y est pas encore parvenu, l'insuffisance de la distinction actuelle fondée sur la corporalité ou l'incorporalité des biens affectés étant unanimement reconnue.

¹ V. not. M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », art. précité, n° 2 : « *les régimes spéciaux peuvent être sources de confusion lorsqu'ils procèdent de considérations politiques ou opportunistes, mais pas quand ils se bornent à épouser les traits particuliers d'actifs originaux, et c'est pourquoi aucun système de sûreté unique n'a poussé l'uniformité à son terme. Tous présentent un certain degré de « spécialisation ». La quête d'une « hypothèque » unique n'est pas sans rappeler l'effort de construction d'un droit commun des sûretés réelles : l'ensemble de la matière serait gouverné par un corps homogène de principes généraux, auquel des textes spéciaux viendraient apporter les précisions et dérogations qu'appelleraient certains biens* » ; J.-F. Riffard, th. précitée, n° 599 et s., p. 210 et s., ainsi que l'avant-propos de G. Rouhette, p. X : « *la situation [américaine] paraît comparable à celle que l'on observe pour le droit français des contrats, où une théorie générale du contrat coexiste avec un droit des contrats spéciaux dont les règles dérogent à celles de la théorie générale* » (même s'il nous semble que l'auteur confond ici théorie générale et droit commun, v. *supra*, n° 30 et s.).

² V. L. Aynès, « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport de synthèse », art. précité, n° 2 et 3 ; M. G. Bridge, « How far is Article 9 Exportable? The English Experience », 27 *Canadian Business Law Journal* 196 (1996), p. 196 : « *there can of course be no argument about the export potential of Article 9. It is a revolutionary statute designed to fill a gap created by the wholesale sweeping aside of prior law dealing with trust receipts, title reservation, warehouse receipts and the like, so it has the advantage for the importer of not being based upon foundations whose absence in the receiving country make it unworkable. This is not to assert, however, that it is philosophically neutral. Efficiency, dispatch and an empirical preference for the way things work rather than the way they are presented are cultural values* », ainsi que J.-F. Riffard, « L'harmonisation internationale des droits des sûretés mobilières : ne ratons pas le train ! », art. précité, n° 22, traitant du fait que la « loi type » de la CNUDCI est en réalité une « loi modèle », qu'il faut acculturer à son environnement juridique.

§2) *La distinction des sûretés sur meubles corporels et incorporels*

798. Plan. « *L'immatériel envahit nos vies* »¹... et notre droit des sûretés. Outre la nécessité de pouvoir constituer des sûretés sans dépossession afin de laisser au débiteur la possibilité d'exploiter ses biens, l'augmentation constante de la place des biens incorporels dans les patrimoines² peut être considérée comme une cause majeure du désordre affectant le droit des sûretés mobilières. Ces biens sont souvent de grande valeur, et c'est par ce prisme qu'ils sont appréhendés, d'abord par l'économie³, ensuite par le droit des sûretés⁴. Toutefois, les règles contenues dans le Code civil de 1804 étaient impuissantes à saisir l'incorporel, la sûreté-modèle prenant la figure du gage, pensée pour les meubles corporels. L'absence de matérialité des biens incorporels créait alors nécessairement un « *décalage* »⁵ entre le régime de la sûreté et le bien susceptible de composer son assiette, ce qui a poussé les pouvoirs publics et la jurisprudence à légiférer ou à modifier les exigences tirées du droit du gage afin de rendre notre droit des sûretés compatible avec la montée en puissance de l'incorporel (A).

Malheureusement, cette adaptation s'est faite par à-coups, sans aucune vision d'ensemble. Le législateur souhaitant avant tout permettre aux parties d'affecter en garantie des biens de grande valeur, le régime des sûretés spéciales sur biens incorporels était souvent réduit à quelques dispositions concernant leur constitution, muettes sur leurs effets⁶. Devant la multiplicité des textes ainsi que leur laconisme, la doctrine en était réduite à constater l'illisibilité du droit des garanties sur meubles incorporels. La réforme du 23 mars 2006 a tenté de remédier à ces insuffisances en divisant le droit des sûretés mobilières en deux catégories,

¹ P.-Y. Gautier, « Rapport de synthèse », in *L'immatériel*, APD, T. 43, 1999, p. 233. V. également M. Vivant, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G* 2000. doctr. 193, n° 6, qui en fait « à n'en pas douter, la clef, sinon du millénaire qui vient [...], du moins des décennies qui vont l'ouvrir ». Adde R. Libchaber, « Biens », *Rép. civ.*, déc. 2019, n° 270 et s., opposant le « *dépérissement des biens corporels* » à « *l'étonnante multiplication des biens incorporels* ».

² Sur cette évolution bien connue, v., entre autres, les articles de référence de P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966. 185 et L. Josserand, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 95 et s.

³ P. Tabatoni, « L'incorporel comme ressource économique – Propos introductifs », in *L'immatériel*, APD, T. 43, 1999, p. 149 : « pour l'économiste l'incorporel [...] est devenu la plus précieuse des ressources économiques ».

⁴ Ce mouvement est notamment décrit par J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 et s., spé. p. 283 : « de certaines valeurs, le Droit retient comme biens un nombre croissant de valeurs, elles-mêmes multipliées et différenciées » ; B. Rudden, « Things as Thing and Things as Wealth », 14 *Oxford Journal of Legal Studies* 81 (1994).

⁵ M. Vivant, « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, n° 3, p. 408.

⁶ Certains biens ne bénéficient même pas de dispositions spécifiques prévoyant leur affectation en garantie, v. M. Mignot, « Le nantissement de quota d'émission de gaz à effet de serre », *RDBF* juill. 2009, étude 26, proposant de recourir au nantissement de droit commun, soit, en l'état actuel des textes, au droit commun du gage.

le gage de meubles corporels et le nantissement de meubles incorporels, tout en organisant un renvoi au droit commun du gage pour toutes les questions ne trouvant pas de réponse au sein des régimes des nantissements spéciaux. Loin d'améliorer la cohérence du droit des sûretés mobilières, cette innovation malencontreuse a suscité des interrogations supplémentaires, si bien que l'on en est venu à se demander si le droit des sûretés ne faisait pas une place trop importante à l'incorporel¹, confirmant ainsi l'idée que « *la position des meubles incorporels dans la planète des sûretés est pour le moins inconfortable* »². En effet, à la réflexion, il semblerait que la distinction des sûretés sur biens corporels et incorporels ne soit pas apte à constituer la *summa divisio* du droit des sûretés mobilières (B).

A) *Le particularisme des sûretés sur meubles incorporels*

799. Dépossession et sûretés sur créances. Pour des raisons assez évidentes, la dépossession a été la première notion du droit des sûretés à poser des problèmes en matière de biens incorporels. Alors que l'article 2076 du Code civil l'érigait en condition de validité et d'opposabilité aux tiers du gage, il a fallu s'interroger sur la portée de cette exigence lorsque des créances étaient affectées en garantie. Dans un premier temps, la jurisprudence a raisonné par analogie avec le gage de meubles corporels. La dépossession *stricto sensu* étant réalisée par la signification de l'acte au débiteur de la créance gagée³, il fallait encore trouver un moyen de « mettre en possession » le créancier. C'est ainsi qu'il a été décidé que le titre représentant la créance devait lui être remis⁴. Cette exigence a été très largement critiquée, et ce pour divers

¹ D. Houtcieff, « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? », *RLDC* nov. 2009.

² M. Cabrillac, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n° 12, p. 713.

³ Art. 2075 anc. C. civ.

⁴ Idée qui peut se réclamer de R.-J. Pothier, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens et des champarts*, in J.-J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, T. IX, Cosse, Delamotte et Videcoq, Paris, 1846, n° 211, p. 482 : « *la tradition, dont les dettes actives ne sont pas susceptibles, peut se suppléer en remettant, à celui à qui on la donne en nantissement, le billet ou obligation du débiteur, qui est l'instrument de cette dette active, et en faisant, par le créancier à qui la dette active a été donnée en nantissement, signifier au débiteur de cette dette l'acte par lequel elle a été donnée en nantissement, avec défense de payer en d'autres mains qu'en celles de celui à qui elle a été donnée en nantissement* ». Pour un arrêt en ce sens, v., Civ., 20 janvier 1886, S. 1886. I. 305, n. Lyon-Caen. Récemment, les solutions rendues sous l'empire du droit antérieur à propos du nantissement de polices d'assurance-vie faisaient encore état de cette exigence, v. Civ. 2^e, 22 février 2007, n° 05-21350.

motifs¹. La jurisprudence a su entendre ces arguments, tant et si bien qu'elle en est venue à affirmer qu'en cas d'impossibilité matérielle de remise du titre, la simple signification de l'acte de gage suffisait à satisfaire à l'exigence de dépossession du constituant² – solution retenue également au Québec³. En réalité, les juges n'ont fait que tirer les conséquences qui découlaient de la nature des choses : la dépossession des biens corporels ne peut s'appliquer sans modifications aux biens incorporels.

800. Il faut en effet prendre garde à ne pas considérer la dépossession comme une opération monolithique. Elle comprend en réalité deux composantes : le retrait des utilités du bien au constituant pour l'empêcher de porter atteinte aux droits du bénéficiaire, puis sa mise en détention entre les mains du créancier ou du tiers convenu afin d'informer les tiers de la naissance de la sûreté⁴. La première étape de la dépossession est tout à fait envisageable en matière de biens incorporels, il suffit d'interdire au constituant de passer des actes relatifs au bien grevé⁵, ce qui implique que la dépossession soit uniquement juridique, là où elle doit être matérielle et juridique pour les biens corporels. En revanche, la deuxième étape, qui consiste à

¹ Sur lesquels, v. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 807, p. 234 et s. : dans la plupart des hypothèses, la créance n'étant pas incorporée dans le titre, ce dernier ne possède qu'une valeur probatoire. De plus, cela rendait impossible la mise en gage de créances non constatées dans un titre, tarissant ainsi une source potentielle de crédit. Enfin, cette remise n'élimine pas tout risque de fraude de la part du constituant, notamment lorsque plusieurs titres constatent l'existence de la même créance.

² Civ. 1^e, 10 mai 1983, *Bull. civ. I*, n° 141 (n° 81-11705 et 81-12410) ; Com., 23 janvier 2001, *Bull. civ. IV*, n° 20, p. 18 (n° 98-10974).

³ Cour suprême du Canada, *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666, n° 28 : « une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier ; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q » (c'est nous qui soulignons). Cette solution a été reprise textuellement par la même juridiction quelques années plus tard, dans une décision *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, [2009] 2 R.C.S. 94, n° 46 et s., spé. n° 48 : « Le deuxième critère énoncé par le juge Gonthier [dans la décision Val Brillant] pour qu'une hypothèque mobilière avec dépossession puisse grever une créance non négociable ne vaut que lorsque le titre non négociable existe, sinon il est inapplicable ».

⁴ V., par ex., Com. 5 février 1979, *Bull. civ. IV*, n° 49, p. 38 (n° 77-11921) : « la dépossession doit présenter un caractère d'apparence destiné à informer les tiers du dessaisissement de celui qui constitue le gage », ainsi que M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 757, p. 565 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 630, p. 587 ; Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 233, p. 297 et s. V., déjà, E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. I, par J. Percerou, Rousseau et C^{ie}, 8^e éd., 1931, n° 1087, p. 787 : « L'objet donné en gage n'est plus dans l'actif chirographaire, il est affecté à un ayant droit privilégié. Cette affectation doit être rendue publique. Elle ne se révélerait par aucun signe extérieur, si la chose restait chez le débiteur. On continuerait à lui faire foi, au vu de ce bien, en apparence libre de toute charge. La mise en possession du créancier évite ces méprises, et correspond à l'inscription de l'hypothèque immobilière ».

⁵ C'est ainsi que la notification du nantissement de créance prive le constituant de son droit de recevoir le paiement de la créance nantie, v. l'art. 2363 C. civ.

remettre le bien entre les mains du créancier, est littéralement inconcevable¹. La dépossession des biens incorporels se résume donc à la perte des utilités du bien grevé pour le constituant, ce qui conduit à reconnaître un « *pouvoir de fait* »² au bénéficiaire, chargé de la gestion du bien afin s'assurer du maintien des droits du constituant, qui doit en obtenir la restitution dans l'hypothèse où il exécuterait régulièrement ses obligations. Le rôle publicitaire de la dépossession, qui manifeste de façon tangible la sûreté aux yeux des tiers³, ne saurait se retrouver à l'identique lorsque la dépossession porte sur un bien incorporel, hors des rares cas dans lesquels la créance s'incorpore dans un titre.

801. En effet, dans une telle situation, quelles sont les marques de l'affectation ? Comment les tiers peuvent-ils s'informer du fait que le constituant a perdu la possibilité d'utiliser son bien et que le créancier en est corrélativement devenu le gestionnaire⁴ ? Prenons pour exemple l'hypothèque avec dépossession portant sur le solde d'un compte financier, régie par les articles 2713.1 et suivants du Code civil du Québec. Cette dernière peut notamment être rendue opposable aux tiers par la « maîtrise » du gagiste⁵, ce qui revient plus ou moins au

¹ Cette idée dépasse le domaine des seules sûretés sur créances, l'art. L. 111-3 CPI prenant soin de distinguer la propriété de l'objet matériel (le support) de la propriété du bien incorporel (l'œuvre). La remise du support ne permettrait donc pas au créancier nanti d'acquiescer des droits sur l'œuvre. Sur ce point, v. J. Patarin, « Le nantissement sur les films cinématographiques (Loi du 22 février 1944) », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, n° 10, p. 353 et s., ainsi que J. Stofflet, « Le nantissement de meubles incorporels », *RDBF* mai 2006, dossier 11, n° 25, ou encore M. Vivant, « L'immatériel en sûreté », art. précité, n° 7, p. 411 et s.

² Notion mise au cœur du sujet par plusieurs travaux importants, v. not. B. Parance, *La possession des biens incorporels*, préf. L. Aynès, avant-propos F. Terré, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 15, 2008, n° 116, p. 96, qui définit la possession comme « l'exercice par une personne d'un pouvoir de fait sur un bien qui se manifeste par l'utilisation de la chose conformément à sa nature propre et à sa destination », ainsi qu'A. Pélissier, *La possession des meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001, n° 220, p. 100, qui le définit comme « un rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers ». Comp. toutefois D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stofflet, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, n° 69, p. 45 : « Portant sur un meuble corporel, la mise en possession assure le transfert d'un pouvoir de fait sur une chose, du constituant au créancier gagiste [...] Lorsqu'une créance est l'objet du gage, les règles ne peuvent qu'être différentes. Il n'est alors plus possible de reconnaître au créancier un pouvoir de fait sur une chose. On peut seulement lui reconnaître un certain nombre de prérogatives, aussi bien à l'encontre du débiteur de la créance qu'à l'encontre du constituant, pour préserver la valeur de son gage ».

³ Ce point est particulièrement saillant lorsqu'il est recouru à l'entiercement à domicile, qui n'est valable que si la dépossession est très apparente aux yeux des tiers, v. *supra*, n° 553.

⁴ Comp. R. Saleilles, *De la possession des meubles – Etudes de droit allemand et de droit français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907, p. 67 : « La règle célèbre empruntée à Bourjon par l'article 2279 du Code civil français a pour but de remplir, en matière de meubles, la même fonction protectrice du crédit que celle dont le système de l'immatriculation et des livres fonciers se trouve faire l'office lorsqu'il s'agit d'immeubles. En matière immobilière, on part de cette idée que, dans l'intérêt du crédit, il faut faire prédominer le fait apparent et public sur le droit resté occulte, qu'il faut, dans l'intérêt des tiers, s'en tenir à l'extériorité du droit, au lieu de sa réalité. Or, qu'est-ce que la possession, sinon précisément l'apparence et l'extériorité, aux yeux des tiers, d'un droit présumé ? Toute la différence avec la publicité résultant du livre foncier consiste en ce que, pour les immeubles, on s'est attaché à une publicité réglementaire et organisée, alors que la possession est la publicité à l'état brut et inorganique, sous sa forme élémentaire et naturelle, telle que la vie nous la présente ».

⁵ L'hypothèque québécoise avec dépossession est parfois appelée « gage », v. *supra*, n° 796.

control de droit américain¹, technique par laquelle le créancier prend le contrôle du compte affecté en garantie, notamment en passant un accord avec le banquier teneur de compte, qui s'engage à ne le faire fonctionner que sur ses instructions, sans que le constituant n'ait à manifester son consentement². Il s'agit là d'une sûreté parfaitement occulte : les tiers observent un compte en cours de fonctionnement, mais n'ont pas les moyens de s'immiscer dans la relation tripartite unissant le constituant, le gagiste et le banquier afin de déterminer l'identité de celui qui donne les instructions³. Le débiteur peut leur divulguer cette information... ou non⁴. Bien pire, le législateur québécois a décidé que ce gage par maîtrise conférerait à son bénéficiaire un rang préférable à celui de tous les autres titulaires de sûretés conventionnelles, y compris le créancier hypothécaire inscrit avant que le gagiste n'acquière la maîtrise du compte⁵ ! C'est ici la logique du droit financier qui s'insinue dans le droit civil, la vigueur des droits du bénéficiaire important plus que l'information des tiers⁶. Qu'une sûreté légale occulte se situe au premier rang pour des raisons de protection d'un créancier faible, cela peut se comprendre⁷. En revanche, qu'un créancier conventionnel passe devant tous les autres du simple fait de sa maîtrise sur le bien grevé, cela participe du mouvement visant à octroyer à certains créanciers, banquiers en tête, un droit inaltérable à la valeur d'une fraction du patrimoine du constituant sur le fondement de leur sûreté, ce qui ne nous paraît pas acceptable⁸.

¹ Mode de *perfection* de la sûreté autorisé par le §9-314 UCC, sur lequel, v. A. A. Levasseur, « L'article 9 du *Uniform Commercial Code* », art. précité, p. 713 et s.

² Art. 2713.4 C. c. Q.

³ V., par ex., la situation de l'affaire *Val Brillant* précitée, dans laquelle la maîtrise d'un compte bancaire a été reconnue à la banque gagiste en raison de deux clauses du contrat la liant au constituant, l'une indiquant que « [s]eule la caisse est autorisée à percevoir la créance auprès de Fiducie Desjardins inc. » et l'autre qu'« advenant un cas de défaut prévu au contrat de crédit, la caisse est autorisée, de façon irrévocable, à demander à Fiducie Desjardins inc. le paiement de la totalité ou d'une partie des sommes hypothéquées de façon à remédier à tel défaut, jusqu'à concurrence du montant de la présente hypothèque ». Rien de tout cela ne peut permettre aux tiers de s'informer sur l'existence du droit spécial du gagiste.

⁴ Art. 2713.5 et 2713.7 C. c. Q., ce deuxième texte indiquant que le créancier peut retirer à tout moment au constituant son pouvoir de gestion du compte, sans que cet acte ne soit soumis à une formalité quelconque de publicité. On peut ainsi affirmer qu'en droit québécois, « cette nouvelle façon de concevoir l'opposabilité fait primer la confidentialité des transactions sur le souci d'une transparence collective » (A. Benadiba, « L'examen critique des gages spéciaux : révélations autour de ces techniques d'appropriation directe de la valeur », *Les Cahiers de droit* juin 2018, 59-2, p. 373). La même réflexion vaut en droit français à propos du nantissement de compte-titres, constitué par une simple déclaration adressée au teneur de compte, v. l'art. L. 211-20, I CMF.

⁵ Art. 2713.8, al. 1 C. c. Q. : « L'hypothèque mobilière avec dépossession opérée par la maîtrise d'une créance pécuniaire qu'obtient un créancier prend rang avant toute autre hypothèque mobilière grevant cette créance, quel que soit le moment où cette hypothèque est publiée, dès l'obtention de cette maîtrise ».

⁶ Pour des manifestations de ce mouvement en droit français, v. *infra*, n° 845 et s.

⁷ A propos du syndicat des copropriétaires, v. *infra*, n° 933 et s.

⁸ V., *supra*, n° 749 et s. Pour un point de vue très critique sur ce dispositif, v. A. Benadiba, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels – Propositions pour une rénovation des sûretés mobilières en France et au Québec*, th. Montréal, 2012, n° 97 et s., p. 82 et s.

802. En l'absence de publicité, la dépossession des biens incorporels est donc hémiplegique¹, elle ne fait qu'empêcher le constituant de se servir de son bien, sans manifester l'existence de la sûreté², ce qui explique que l'inscription constitue en théorie le mode privilégié d'opposabilité des garanties sur biens incorporels³. Qui peut affirmer aujourd'hui que la notification d'un nantissement de créance ou d'une cession Dailly constitue un mode de publicité satisfaisant⁴ ? Par ailleurs, dans la mesure où le régime de l'opposabilité des garanties sur biens incorporels ne connaissant que la dépossession du constituant *stricto sensu* – et notamment des sûretés sur actifs financiers – n'est pas satisfaisant, il nous semble qu'il faudrait le compléter par l'ajout d'une inscription permettant aux tiers de s'informer de l'existence de la sûreté⁵. La dépossession des biens corporels, qui permet en un seul mouvement de priver le constituant des utilités de son bien et de faire connaître aux tiers la naissance de l'obligation réelle de garantie, n'est donc pas adaptée aux biens incorporels⁶. Pour ces derniers, l'acte passé entre constituant et créancier doit nécessairement être secondé d'une mesure publicitaire afin de s'extérioriser et de se manifester aux yeux des tiers. Cette observation ne peut être neutre

¹ En ce sens, A. Benadiba, « L'examen critique des gages spéciaux : révélations autour de ces techniques d'appropriation directe de la valeur », art. précité, pp. 362-363 : « ainsi, la maîtrise remplace la dépossession, caractéristique essentielle et traditionnelle reconnue au gage. L'idée, au prix d'une réduction, voire d'une sophistication juridique extrême, est de donner la maîtrise au créancier gagiste sur les instruments financiers sans le besoin d'une autorisation ou d'une intervention additionnelle du propriétaire débiteur des actifs financiers ».

² V., par ex., D. Legeais, th. précitée, n° 69, p. 46 : « il est possible de concevoir un dessaisissement, il ne peut porter que sur des prérogatives. C'est ainsi que le constituant, à compter de la mise en gage, n'a plus le droit de réclamer paiement à son débiteur, de lui consentir une remise de dette ».

³ V., déjà, A. Cerban, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, th. Paris, Henry Jouve, 1897, pp. 274-275, ainsi qu'*infra*, n° 822 et s.

⁴ En ce domaine, comme l'affirme Mme Péliissier, les droits sur les biens incorporels parviennent à la connaissance des tiers par « l'interprétation des signes » (th. précitée, n° 231, p. 105). La notification, tout comme l'ancienne signification du gage de créance, permet uniquement de constituer le débiteur de la créance nantie ou de la créance cédée de mauvaise foi en l'obligeant à exécuter son obligation auprès du créancier garanti. Ce n'est une mesure de publicité qu'envers le débiteur de la créance affectée, et non des autres tiers, qui n'ont aucun moyen de prendre connaissance de la constitution de la sûreté, à moins que l'une des parties ne les en informe (n° 302, p. 142). Un tel constat devrait conduire à exclure la notification des sûretés sur créances de la catégorie des formalités de publicité, un tel acte ne remplissant pas la fonction informative qui en constitue la caractéristique, v. S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques – Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 388, 2003, n° 200 et s., p. 216 et s.

⁵ V. *infra*, n° 847 et s.

⁶ V. M. Julienne, « Le régime du gage : droit commun du nantissement ? », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 40, n° 7 : « outre que l'idée même d'une dépossession est d'un maniement peu aisé en l'absence de corpus tangible, on a fait remarquer que, à la supposer effective, une telle possession n'en serait pas pour autant utile, puisqu'elle demeurerait souvent imperceptible aux yeux des tiers » ou A. Péliissier, th. précitée, n° 481 et s., p. 259 et s. Comp. toutefois M. Billiau, « Réflexions sur le gage », *JCP G* 1996, doctr. 3897, n° 13 : « la dépossession met surtout l'accent sur la perte de prérogatives du constituant, faisant ainsi sortir de son patrimoine un élément d'actif [...] Ce qui compte finalement ce ne sont pas les droits dont le créancier est investi mais ceux dont le débiteur est privé. Si l'on admet cette manière de voir, on constate qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre le gage des meubles corporels et le gage des créances. En effet, dans ce dernier cas, il suffit d'interdire au débiteur de la créance gagée de se libérer entre les mains du constituant du gage et d'interdire de la même façon au créancier de recevoir le paiement. Si le créancier constituant du gage est privé du droit de recouvrer la créance nantie, ses autres créanciers ne disposeront pas plus de ce droit et la créance sera nécessairement soustraite de leur droit de gage général et ce indépendamment de toute dépossession ».

lorsque l'on s'intéresse à la notion de possession et à ses conséquences, notamment vis-à-vis du vendeur réservataire.

803. Revendication et réserve de propriété sur bien incorporel. La nécessité de distinguer les meubles corporels et incorporels se retrouve en effet au cœur de la question de l'efficacité de la clause de réserve de propriété. Lorsqu'elle porte sur des meubles corporels, ses effets sont nécessairement réduits du fait des caractéristiques de son assiette : de tels biens sont susceptibles de passer entre les mains de tiers bénéficiant de la protection possessoire au titre de l'article 2276 du Code civil. La jurisprudence protège de longue date l'acquéreur et le gagiste de bonne foi ayant acquis un droit sur des marchandises grevées d'une clause de réserve de propriété¹. S'ils ont légitimement ignoré l'existence de la clause – ce qui est courant, eu égard à l'absence de formalités obligatoires d'opposabilité² –, ils s'opposeront avec succès à l'action en revendication du vendeur et demeureront propriétaire³ ou détenteur⁴ des biens grevés. Cela diminue d'autant l'efficacité de la clause de réserve de propriété sur meubles corporels, bien que le vendeur bénéficie encore de la possibilité de réclamer le paiement au sous-acquéreur n'ayant pas encore payé le prix au vendeur de second rang. Alors que la jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de la validité de la clause de réserve de propriété sur meubles incorporels⁵, la détermination de son régime commande de s'interroger sur le point de savoir si le sous-acquéreur ou le gagiste *a non domino* devraient bénéficier, dans ce deuxième cas de figure, de la protection possessoire.

804. Un examen de la jurisprudence de la Cour de cassation a de quoi rassurer le vendeur réservataire. En effet, cette dernière est extrêmement réticente à l'application de l'article 2276 du Code civil aux meubles incorporels. Si elle a admis la possession de valeurs mobilières par

¹ Rapp. P. Ortscheidt, « Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand », *RIDC* vol. 35, 1983-4, n° 6, p. 768 : « Conformément à sa finalité, la possession offre des garanties dont l'acquéreur peut espérer profiter, mais que le fournisseur est en droit de redouter », ainsi que n° 53 et s., p. 782 et s., relativement à la question spécifique des droits du sous-acquéreur.

² V. *supra*, n° 553 et s.

³ Com., 14 novembre 1989, *Bull. Civ. IV*, n° 290, p. 196 (n° 88-11790).

⁴ Com., 26 mai 2010, *Bull. civ. IV*, n° 98 (n° 09-65812).

⁵ Elle a ainsi pu produire ses effets dans les ventes de fonds de commerce, v. Com., 21 novembre 1995, *Bull. civ. IV*, n° 266, p. 245 (n° 93-20531) et 29 février 2000, n° 97-14575, comme dans les ventes de droits de propriété intellectuelle constatés par des brevets, Com., 22 octobre 1996, *Bull. civ. IV*, n° 252, p. 217 (n° 94-17768). V. également G. Jenselme, « Clause de réserve de propriété et logiciel », *LPA* 14 sept. 1994, ainsi que F. Toubol, « Logiciel et faillite », *JCP E* 1987. 15032, spé. n° 17 et s.

deux décisions relativement récentes¹, une série d'arrêts bien plus considérable se prononce en faveur de l'inapplicabilité de la protection possessoire en matière de meubles incorporels². Il faut alors conclure à l'efficacité supérieure de la réserve de propriété sur meubles incorporels. Lorsqu'il existe un système de publicité organisé recensant tous les droits portant sur le bien, ce qui est fréquent³, tant le gagiste que le sous-acquéreur sont constitués de mauvaise foi par l'inscription du droit du propriétaire. Sur ce terrain, le débat est clos⁴. Pour les autres meubles incorporels, l'article 2276 du Code civil n'ayant pas vocation à jouer, le tiers n'a aucun moyen de s'opposer à la revendication du propriétaire. Il faut cependant préciser quelque peu les choses, tant cette solution est critiquée. On a souvent reproché à la Cour de cassation de faire preuve de dogmatisme en refusant de reconnaître la possession des meubles incorporels, pourtant réclamée avec insistance par une grande partie de la doctrine⁵.

805. Il nous semble que ces reproches ne sont pas mérités et qu'il ne s'agit pas tant d'un refus obstiné de reconnaissance que d'une volonté d'en limiter les effets⁶. La Cour de cassation semble n'avoir aucune gêne à faire jouer une règle inspirée de la fonction probatoire de l'article 2276 du Code civil, permettant au possesseur de bonne foi de bénéficier d'une présomption simple de propriété, malgré l'absence de titre d'acquisition du bien, dans le conflit l'opposant à son auteur. En revanche, elle refuse systématiquement à la possession d'un meuble incorporel sa fonction acquisitive, qui autorise le possesseur de bonne foi *a non domino* de s'opposer à la revendication du véritable propriétaire. Faut-il s'en étonner ? La fonction acquisitive de l'article

¹ Com., 10 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 186, p. 163 (n° 95-16235) ; Com., 5 mai 2009, *Bull. civ. IV*, n° 66 (n° 08-18165).

² La Cour de cassation fait ainsi toujours droit à l'action en revendication du véritable propriétaire, que son droit porte sur un fonds de commerce (Civ. 1^e, 2 mars 1960, *Bull. civ. I*, n° 141 ; CA Besançon, Chambre civile 2, 15 mars 1989, n° 1989-043099), une somme d'argent (Civ. 1^e, 10 février 1998, n° 96-12711), ou encore une licence d'exploitation de débit de boissons (Com., 7 mars 2006, *Bull. civ. IV*, n° 62, p. 62 [n° 04-13569]).

³ V. *infra*, n° 822 et s.

⁴ M. Cabrillac, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Librairie du recueil Sirey, 1954, n° 3, p. 25 : « Le meuble ne peut être soustrait à la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre », que lorsqu'un système de publicité vient renseigner d'une façon suffisante les tiers sur les mutations dont il fait l'objet et les charges réelles dont il peut être grevé. Avec un tel système, la possession se voit évincée du rôle exclusif qu'elle joue ordinairement dans le monde des objets mobiliers » ; W. Dross, « Prescription et possession – prescription des choses mobilières », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2276 et 2277, fasc. unique, nov. 2018, n° 99 et s., pourtant favorable à l'application de cette disposition aux meubles incorporels ; A. Pélissier, th. précitée, n° 390, pp. 200-201, ainsi que « La possession à l'épreuve de l'immatériel », *Dr. et Patr. nov.* 2013 : « La possession ne peut donc revêtir, à l'égard des meubles incorporels, qu'une fonction subsidiaire ».

⁵ Plus particulièrement, sur la question de l'application de la fonction acquisitive de l'art. 2276 aux meubles corporels, v. A. Pélissier, th. précitée, n° 443 et s., p. 236 et s. Les commentaires de l'arrêt du 7 mars 2006 sont particulièrement virulents, v., parmi d'autres, G. Loiseau, *JCP G* 2006. II. 10143, y voyant une solution « dogmatique » et inspirée par « une posture doctrinaire », ou T. Revet, *RTD Civ.* 2006. 348, estimant que « le caractère absolu de leur exclusion du domaine de ce texte, réaffirmé par la Cour de cassation avec l'arrêt de sa chambre commerciale du 7 mars 2006, est assurément trop radical ».

⁶ En un sens similaire, B. Mallet-Bricout, « Bien et immatériel en France », in *L'immatériel*, Journées Espagnoles de l'Association Henri Capitant, T. LXIV, Bruylant, 2014, n° 19, p. 166.

2276 du Code civil est à l'origine de bien des débats et malentendus, et l'adage « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » n'avait à l'origine qu'un sens probatoire, avant que cette deuxième fonction ne surgisse de la plume de Bourjon dans le but de sécuriser le commerce des meubles en dispensant les acquéreurs de vérifier les origines de la propriété, bien moins accessibles qu'en matière immobilière¹. Or, lorsque l'on examine la jurisprudence de la Cour de cassation, aux possesseurs de quels types de biens la protection possessoire a-t-elle été refusée ? L'on rencontre des fonds de commerce, des droits de propriété littéraire et artistique, ou encore une licence d'exploitation d'un débit de boissons. N'est-ce pas une manière d'affirmer que la fonction acquisitive de l'article 2276 du Code civil n'est justifiée que pour faciliter le commerce des meubles ayant vocation à circuler, ce que ne sont pas, dans la plupart des cas, les meubles incorporels ne bénéficiant pas d'un système de publicité organisé ? La nature de ces biens s'opposerait donc à la protection possessoire², ce qui fortifie par contrecoup la situation du vendeur réservataire de meubles incorporels. L'absence de matérialité des biens composant l'assiette de la garantie étant riche de conséquences sur son régime, il semble alors naturel de conclure à la nécessité d'établir une *summa divisio* des sûretés mobilières selon qu'elles portent sur des biens corporels ou non.

806. La cohérence apparente du système. L'état actuel du droit positif ne résulte pas des propositions de la Commission Grimaldi. En effet, à l'origine, ses membres souhaitaient établir un régime propre aux actifs financiers, distinct de celui des meubles corporels. Le troisième chapitre du sous-titre relatif aux sûretés mobilières devait être divisé en trois sections, « Du nantissement de créances », « Du nantissement de monnaie scripturale » et « Du nantissement d'instruments financiers », aux articles 2346 et suivants du Code civil. L'existence de caractéristiques communes à ces différents biens, notamment leur caractère

¹ W. Dross, « Prescription et possession – prescription des choses mobilières », fasc. précité, n° 6.

² Mme Mallet-Bricout semble adhérer à cette théorie, laquelle affirme que « *la mainmise matérielle sur la chose est importante, car elle reflète une volonté d'accaparement que des actes juridiques seuls ne peuvent véritablement révéler. Surtout, la possession étant perturbatrice de l'ordre juridique établi lorsqu'elle vise à acquérir la propriété d'un bien, l'indulgence n'est pas de mise, il faut des certitudes que les actes juridiques seuls n'autorisent pas* » (« *Éléments constitutifs de la possession : permanence ou renouvellement des débats ?* », *Dr. et Patr.* nov. 2013), tout comme Mme Parance, qui estime que, parmi tous les biens incorporels, l'extension de la fonction acquisitive de l'art. 2276 C. civ. ne peut être justifiée que vis-à-vis des instruments financiers cotés (th. précitée, n° 374 et s., p. 268 et s.). Comp. toutefois J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *JCP G* 1999. doct. 138, n° 9, estimant que l'examen de la jurisprudence démontre que « *la transposition, sans acclimatation particulière au monde de l'immatériel, de la notion de possession et de la règle de l'article 2279 du Code civil évince toute équivoque sur la proximité des concepts précédents et contribue, si besoin est, à l'affirmation du peu de spécificité des "propriétés incorporelles"* ».

liquide et facilement renouvelable, ainsi que le rôle éminent des établissements de crédit dans leur création et leur transmission, invitait à un rapprochement de nature à clarifier leur régime. En revanche, il n'était pas question de proposer un régime commun aux sûretés sur actifs financiers et sur les autres biens incorporels, ces dernières devant rester soumises à leurs dispositions spéciales en raison des caractéristiques propres à leurs assiettes. C'est ainsi que M. Synvet indiquait que « *le nantissement que l'on voit prendre corps dans le projet est celui des droits personnels* »¹. Cette partition du droit des sûretés mobilières n'ayant finalement pas eu lieu, la distinction du gage et du nantissement a pris un autre sens.

807. L'article 2355 du Code civil organise alors un système à double détention. Parmi les sûretés sur meubles incorporels, seul le régime du nantissement de créance est intégralement organisé. Les règles spécifiques aux autres sûretés demeurent éparpillées entre le Code des assurances, le Code civil, le Code de commerce, le Code monétaire et financier et, enfin, le Code de la propriété intellectuelle². La création du cinquième alinéa de l'article précité apparaît pourtant comme un progrès : le régime des sûretés spéciales est bien souvent fort lacunaire, dans la mesure où seules leurs modalités de constitution et d'opposabilité sont prévues par les textes. L'existence d'un droit commun, dont la subsidiarité en fait l'outil idoine pour combler ces vides juridiques, faisait donc défaut. Or, la réforme du 23 mars 2006 a précisément pourvu à ce besoin en érigeant le droit commun du gage en droit commun du nantissement. Le régime des différentes sûretés spéciales est désormais connu. Il suffit de se référer dans un premier temps aux dispositions spécifiques, qui se trouvent hors du Code civil, puis de compléter ce régime par les règles contenues aux articles 2333 et suivants de ce Code afin de répondre aux interrogations subsistantes. Pourtant, un malaise se fait alors ressentir. La création de la notion

¹ H. Synvet, « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. et Patr.* sept. 2005, p. 64 et s., indiquant également que « *le projet de réforme institue, au sein d'un chapitre « Du nantissement », trois sûretés particulières portant respectivement sur les créances, la monnaie scripturale et les instruments financiers ; le contenu est ici plus important que le contenant. L'avantage – et il est évidemment essentiel – sera de disposer de règles ajustées aux spécificités des biens grevés. Le revers de la médaille est qu'aucun droit commun du nantissement n'existe auquel on puisse se reporter pour constituer une sûreté sur d'autres meubles incorporels que les créances, la monnaie scripturale ou les instruments financiers* ».

² Comp. D. Houtcieff, « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? », art. précité : « *la qualification de nantissement ne renvoie pas à un corps de règles, mais à des dispositions dispersées. Ainsi, si le nantissement de créance est en principe soumis aux dispositions que l'on vient de dire, il est par exception soumis à des dispositions spécifiques. Si le nantissement porte sur d'autres biens incorporels, il est alors soumis en principe aux dispositions relatives au gage de meubles corporels... À moins, ici encore, qu'il soit soumis à des dispositions spécifiques... L'unité proclamée de la notion est un tantinet décevante* ». V. également, distinguant l'organisation directe par le Code civil du nantissement de créance, et l'organisation indirecte du régime des autres sûretés sur meubles incorporels, C. Lisanti, « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ? », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 53 et s.

de « nantissement », définie comme « *l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs* », a été précisément motivée par l'incapacité du droit des sûretés sur biens corporels à saisir les subtilités de l'incorporel, or certaines sûretés sont aujourd'hui majoritairement soumises... au droit du gage de meubles corporels¹. Par ailleurs, on peut légitimement se demander si l'élaboration d'une notion unique regroupant toutes les sûretés sur meubles incorporels était véritablement appropriée, alors que son existence n'a pas pour conséquence la soumission de toutes les espèces du genre « nantissement » à un régime unique, les dispositions spécifiques à chacune d'elles n'ayant pas été abrogées². La distinction des sûretés mobilières sur meubles corporels et incorporels n'est donc pas étanche et tous les membres de la catégorie des sûretés sur meubles incorporels n'obéissent pas à un régime unique : il ne peut alors s'agir d'une *summa divisio* adaptée.

B) L'inexistence d'une *summa divisio*

808. Les insuffisances du renvoi au droit commun du gage. C'est avant tout la question de la pertinence du renvoi effectué par le cinquième alinéa de l'article 2355 du Code civil qu'il faut envisager. Il serait incomplet de l'analyser de manière unitaire, les régimes des différentes sûretés spéciales connaissant des développements très disparates : il faut distinguer selon que la sûreté est régie par quelques dispositions spéciales, auxquelles s'ajoute la majorité des règles relatives au gage, ou par un régime spécial bien charpenté, dont les interstices ne laissent qu'une place infime au droit du gage³.

809. Renvoi et dispositions fragmentaires. Dans la première situation, on peut reprocher à l'ordonnance du 23 mars 2006 de n'avoir pas cherché à harmoniser les règles

¹ Notamment le nantissement de parts de sociétés commerciales, dont le régime spécifique est quasiment inexistant.

² V., très critique à ce sujet, C. Lisanti, « Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *D.* 2006. 2671, spé. n° 11-12.

³ Sur cette distinction essentielle, v. not. Ph. Dupichot, « Le nantissement », *LPA* 27 mars 2008, p. 27 et s., spé. n° 35 et s., ou encore M. Julienne, « Le régime du gage : droit commun du nantissement ? », art. précité, n° 11.

relatives à la publicité des garanties¹. Chacun des régimes spéciaux connaît ses propres règles, ce qui rend l'ensemble confus et difficilement accessible. Il en va ainsi, par exemple, en ce qui concerne le registre sur lequel la sûreté doit être inscrite. Les textes règlementaires relatifs à la publicité du gage sans dépossession font du greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le siège social ou le domicile du constituant le lieu d'inscription de droit commun². Cette règle ne trouvera pourtant pas à s'appliquer aux sûretés sur biens incorporels, le nantissement de parts de sociétés civiles devant être inscrit au registre du commerce et des sociétés³, le nantissement des droits de propriété intellectuelle sur un registre spécial tenu à l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI)⁴, à l'exception des sûretés portant sur les certificats d'obtention végétale et les films cinématographiques, inscrites respectivement auprès de l'Instance Nationale des Obtentions Végétales (INOV)⁵ et du Centre national du cinéma et de l'image animée⁶, alors que les sûretés sur créances demeurent occultes. La réforme du 23 mars 2006 aurait sans doute pu se prononcer en faveur d'une centralisation des informations relatives aux sûretés sur biens incorporels, ce qui a été réalisé par plusieurs législations étrangères.

810. De même, il est étrange de n'avoir pas saisi l'occasion de rationaliser les effets de l'inscription de la sûreté : l'on voit subsister des délais de péremption distincts selon la garantie considérée⁷, ce qui n'est pas sans poser de problèmes en cas de conflit entre un créancier nanti sur un fonds de commerce et le bénéficiaire d'un nantissement sur un droit de propriété

¹ V., estimant qu'il s'agit là du problème majeur, Ph. Dupichot, « Le nantissement », art. précité, n° 39 : « *la persistance d'un morcellement apparent des sûretés sur autres meubles incorporels laissera quiconque rêve d'une unification formelle du droit des sûretés mobilières à l'image du security interest. Que l'on ne se méprenne pas cependant sur ce dernier point : ce morcellement regrettable est davantage dû à la multiplicité des lieux d'inscriptions qu'à des différences profondes entre les régimes des sûretés spéciales* ». V. également la description du désordre affectant les règles de publicité des sûretés réelles au milieu des années 1990 par A. M. Morgan de Rivery, « La publicité du gage », in *Le gage commercial, RJ Com.* n° spé. 1994, p. 91 et s. Comp. toutefois, se prononçant en faveur du maintien de la diversité des règles de publicité au sein des Codes spéciaux en raison de leur efficacité supérieure à celle contenue dans le droit commun du gage, v. N. Borga, « Pour un renouveau des garanties conventionnelles sur droits de propriété intellectuelle », art. précité, n° 17, p. 127.

² Art. 1 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.

³ Art. 53 et 57 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil.

⁴ Mais sur un registre différent suivant le droit grevé... Ainsi, le nantissement de brevet doit être inscrit sur le Registre national des brevets (art. L. 613-9, al. 1 CPI), alors que les autres droits de propriété intellectuelle s'inscrivent au Registre national des marques (art. L. 714-7, al. 1 CPI), ou encore au Registre national spécial des logiciels (art. R. 132-8 CPI).

⁵ Art. L. 623-24, al. 2 CPI.

⁶ V. les art. L. 123-1 et L. 123-2 auxquels renvoie l'art. L. 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée.

⁷ Pour ne prendre qu'un exemple, l'inscription d'un nantissement de film cinématographique est valable cinq ans (art. L. 124-1 C. cinéma), alors que le délai est porté à dix ans en matière de nantissement de fonds de commerce (art. L. 143-19 C. com.).

intellectuelle inclus dans l'assiette du fonds¹... Le renvoi au droit du gage laisse donc subsister le droit spécial des sûretés sur biens incorporels et toutes les incohérences liées à une législation pointilliste manquant de considérations d'ensemble. Il n'est toutefois pas plus approprié lorsque la sûreté spéciale connaît déjà un régime complet.

811. Renvoi et régime spécial. En effet, dans cette deuxième hypothèse, la portée du renvoi est très incertaine : le droit du gage trouve-t-il à s'appliquer toutes les fois que le droit spécial est pris à défaut, ou bien faut-il s'interroger plus globalement sur la compatibilité des règles contenues aux articles 2333 et suivants du Code civil avec l'économie générale du régime du nantissement spécial ? Si l'on en croit un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 2013, c'est en faveur de cette deuxième interprétation qu'il faut se prononcer. Il se trouve que la Cour suprême a répondu négativement à la question de savoir si le bénéficiaire d'un nantissement de fonds de commerce pouvait se voir reconnaître la titularité du droit de rétention fictif offert à tous les gagistes sans dépossession par l'article 2286, 4° du Code civil. Elle a d'abord écarté la possibilité d'une application de cette disposition aux meubles incorporels, avant d'ajouter que « *c'est à tort que la CRCAM invoque l'article 2355, alinéa 5, du code civil qui dispose que le nantissement est soumis à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, dans la mesure où les nantissements de fonds de commerce sont régis par des textes spéciaux, notamment l'article L. 142-1 du code de commerce* »². Il faut bien prendre la mesure de cette formule : l'éviction du droit de rétention n'est pas fondée par une disposition spéciale du régime du nantissement de fonds de commerce³, l'article cité par la Cour de cassation concernant, d'une part, la possibilité de nantir un fonds de commerce et, d'autre part, l'interdiction faite au créancier nanti de demander l'attribution judiciaire du fonds.

812. Dans la mesure où aucune disposition spéciale n'a pour objet l'exclusion du droit de rétention du créancier nanti, il faut se résoudre à conclure que c'est la nature de la sûreté, telle

¹ Sur ces considérations, v. not. C. Albigès, « Les sûretés et les biens immatériels en droit français : quelles sont les perspectives ? », *Les Cahiers de droit* juin 2018, 59-2, spé. p. 340 et s., ou encore N. Borga, « Pour un renouveau des garanties conventionnelles sur droits de propriété intellectuelle », art. précité, n° 9, p. 122.

² Com., 26 novembre 2013, n° 12-27390.

³ Avant la réforme, la jurisprudence n'hésitait déjà pas à affirmer que « *le nantissement d'un fonds de commerce ne confère pas au créancier nanti de droit de rétention* » (Com., 28 octobre 1971, *Bull. civ. IV*, n° 260, p. 242 [n° 70-12595]).

qu'elle ressort de son régime, qui fait obstacle à la reconnaissance d'une telle prérogative au bénéficiaire du créancier garanti. En effet, le nantissement de fonds de commerce est en réalité une véritable hypothèque mobilière, quoi qu'en dise la formule obsolète de l'article 2398 du Code civil¹. L'organisation d'un régime de publicité complet permet au créancier nanti de bénéficier d'un droit de suite sur le fonds², qui a pour corollaire l'existence d'une procédure de purge autorisant son acquéreur à payer directement les créanciers inscrits afin de devenir propriétaire d'un bien libre de charges³, sans avoir à se soucier, plus tard, de la mise en œuvre de l'obligation réelle de garantie, puis du recours en contribution contre le vendeur.

813. L'on s'aperçoit alors que la reconnaissance d'un droit de rétention au bénéfice du créancier nanti sur fonds de commerce annihilerait la cohérence du régime de la sûreté : s'agissant d'un droit de rétention fictif, son seul mode d'exercice consiste à permettre au créancier de s'approprier la valeur du bien avant tous ses concurrents, lorsqu'elle apparaît, à la manière d'un privilège de premier rang⁴. Si le créancier dispose d'un droit de suite complet, à quoi peut bien lui servir son droit de rétention ? Il peut agir contre le débiteur réel si son débiteur personnel s'avère insolvable. De même, l'organisation d'une procédure de purge ne s'oppose-t-elle pas frontalement à l'intérêt de se voir reconnaître le bénéfice d'un droit de rétention ? Si le prix de vente a été régulièrement payé entre les mains des premiers inscrits sur le bien, un créancier de rang inférieur ne pourrait plus invoquer son droit, la purge ayant réduit à néant sa sûreté, ainsi que le droit de rétention qui n'en constituait qu'un accessoire. On le voit, l'architecture même de la sûreté s'oppose à l'effectivité du renvoi au droit du gage, sans qu'une disposition spéciale n'écarte expressément son application⁵. Les économies générales des

¹ « *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ». Sur son caractère inadapté, v. *infra*, n° 819 et s.

² Art. L. 143-12, al. 1 C. com.

³ Art. L. 143-12, al. 2 C. com., l'acquéreur devant alors adresser des notifications à tous les créanciers inscrits, v. les art. R. 143-1 et s. C. com. Dans l'hypothèse où le fonds de commerce serait vendu aux enchères, le paiement du prix ou sa consignation emporterait purge automatique, ce qui résulte des caractéristiques de cette forme de vente, dans laquelle le créancier peut faire entendre son point de vue et notamment critiquer le prix de vente retenu par le tribunal, via la faculté de surenchère (art. L. 143-13 C. com.). V., en matière de vente immobilière, l'art. L. 322-14 CPCE.

⁴ V. *supra*, n° 61, ainsi qu'*infra*, n° 872 et s.

⁵ Dans le même sens, v. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 805, p. 600 : « *les textes organisant la purge de cette sûreté [le nantissement de fonds de commerce] paraissent incompatibles avec l'octroi d'un droit de rétention fictif, qui donnerait au créancier nanti le pouvoir de s'opposer à la cession* » ; F. Derrida, « La « dématérialisation » du droit de rétention », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, n. 3, p. 190 : « *la nécessité de recourir au droit de rétention pour assurer l'efficacité du gage sur véhicule automobile montre que l'attribution du droit de suite n'a pas été suffisante pour pallier l'affaiblissement du caractère réel de la sûreté et assurer du même coup la protection du créancier [...]. Ces sûretés [le gage automobile et le nantissement de films cinématographiques] ne sont donc pas pour les tribunaux des hypothèques mobilières, lesquelles impliquent que le créancier n'a pas de droit de rétention* » ; M. Julienne, « Le régime du gage : droit commun

régimes de ces deux sûretés sont tout simplement incompatibles. Parfois inapte à harmoniser le régime des différentes sûretés mobilières, parfois tout simplement inapproprié, le renvoi au droit commun du gage de meubles corporels pour combler les failles des régimes spéciaux des sûretés sur meubles incorporels ne fonctionne pas¹. Il mérite la critique sévère qui le qualifie d'« *uniformisation au rabais* »² ou de « *cocasserie juridique* »³. Cela n'est pas surprenant : derrière l'impossibilité du clivage des sûretés sur meubles corporels et incorporels à saisir le droit des sûretés mobilières de façon cohérente, se profile en réalité l'hétérogénéité des biens incorporels, qui rend insaisissable la catégorie des « meubles incorporels »⁴.

814. L'inexistence d'une *summa divisio* des biens corporels et incorporels. Tous les auteurs ayant eu à traiter des sûretés sur meubles incorporels ont formulé le même constat : la matière est difficile à appréhender en raison de l'extraordinaire diversité des biens dépourvus de corporalité, ce qui complexifie toute tentative de systématisation⁵. Quoi de commun, en effet, entre un fonds de commerce, le droit d'exploitation d'un logiciel ou une police d'assurance-vie ? La matière est classiquement scindée entre « droits incorporels »⁶ et « choses incorporelles » afin d'inciter à distinguer les biens purement virtuels de ceux qui sont perceptibles quoique dépourvus de matérialité⁷, mais même cette distinction n'aboutit pas à la

du nantissement ? », art. précité, n° 12. Rapp. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 935 : « *Par droit commun, il convient d'entendre les dispositions qui s'appliquent de façon générale, chaque fois qu'une règle particulière n'y déroge pas. Le droit commun a vocation à jouer partout où il n'est pas expressément écarté par une règle d'exception, ou encore, à défaut de disposition expressément contraire, chaque fois qu'il n'entre pas en contradiction avec l'esprit d'une loi, avec les principes d'une institution ou l'économie particulière d'une législation spéciale* ».

¹ Ce qui avait été remarqué par la doctrine peu de temps après la parution de l'ordonnance, M. Piette reprochant au texte définitif de « *nie[r] les spécificités du nantissement. Les rédacteurs de l'ordonnance prennent soin de distinguer le gage et le nantissement, en se basant sur le critère de leur assiette, mais inféodent finalement le nantissement au gage* » (« Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007).

² M. Julienne, « Le régime du gage : droit commun du nantissement ? », art. précité, n° 14.

³ A. Benadiba, th. précitée, n° 480, p. 365.

⁴ Pour un constat similaire, v. C. Gijssbers, th. précitée, n° 597 et s., p. 601 et s.

⁵ Ainsi que l'explique not. N. Martial-Braz, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *RPC* mars-avril 2015, dossier 29, n° 1 : « *il n'y a aucune définition générale de l'incorporalité qui se définit exclusivement de manière négative : un bien incorporel est un bien qui n'est ni immobilier, ni corporel. La seule définition que l'on peut donc en donner c'est qu'il est un bien « par défaut » ... l'incorporalité ne donne aucun critère de qualification. Il résulte logiquement de cette absence de critère commun de définition, une absence de régime commun* ».

⁶ Art. L. 231-1 CPCE.

⁷ V., par ex., N. Binclin, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* juin 2006, étude 14, n° 6 et 15 : « *une universalité, tel un fonds de commerce, n'existe que par les biens la composant, sans réalité autonome : c'est un concept juridique, tout comme le patrimoine. Une créance n'a aucune réalité physique, il n'en demeure pas moins que la loi la qualifie de bien, ce qui ne présuppose pas l'existence d'une chose. Toutes les choses peuvent être des biens, mais tous les biens ne sont pas des choses. Les biens intellectuels sont toujours directement ou indirectement perceptibles par l'un de nos sens. Les compositions musicales sont perceptibles par tout un chacun indépendamment de toute intervention légale. La dimension physique des compositions comme des interprétations est indéniable. Elles constituent une chose perçue par l'ouïe ou stimulant l'intellect par la simple lecture d'une*

présentation de la matière en deux ensembles homogènes¹. Il existe d'autres divisions du droit des meubles incorporels, certains auteurs ayant mis en lumière l'intérêt de différencier les biens devant nécessairement être exploités pour conserver leur valeur – l'opposabilité d'une sûreté portant sur de tels biens ne pouvant être réalisée que par le truchement d'une inscription – et les biens financiers, pour lesquels la dépossession est envisageable². De plus, l'approche de la matière est rendue encore plus ardue par l'apparition de « nouveaux biens », ni totalement corporels, ni pleinement incorporels, qui transcendent les catégories habituelles. On a ainsi pu affirmer que *« la catégorie des biens incorporels peut apparaître, à certains égards, comme un tiroir de rangement où l'on peut entasser, pêle-mêle, les choses ou les droits les plus disparates [...] Le régime juridique de chacun de ces biens incorporels est trop différent pour que leur regroupement dans une catégorie unique présente un avantage décisif. En d'autres termes, le regroupement de tous les biens incorporels dans une même catégorie ne paraît présenter aucun intérêt quant à la détermination ou à l'unification de leur régime juridique »*³.

815. Devant une telle diversité, ne faut-il pas nécessairement s'avouer vaincu et se résigner à l'absence de régime unitaire des sûretés sur meubles incorporels ? M. Albigès a

partition [...] la réalité de ces œuvres perçues uniquement par un sens autre que le toucher ne peut faire de doute ; leur support n'est qu'un outil constituant une preuve de l'existence d'un bien intellectuel. Il en va de même pour les créations techniques, l'effet technique d'une invention est le témoignage de sa réalité [...] les biens intellectuels ont incontestablement une existence concrète, forgée par les faits. Ils représentent une valeur économique, comme tout autre bien. En revanche, « l'intellectualisation de la notion de bien » ne doit pas conduire à confondre une créance – « valeurs totalement imperceptibles par les sens » – et un bien intellectuel ; elle doit s'enrichir par l'extension de la notion de chose aux éléments perçus par d'autres sens que le toucher ». V. également, en filigrane, H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », art. précité.

¹ V., par ex., constatant les difficultés à établir des règles communes quant à la saisie de droits de propriété intellectuelle, C. Hugon, « La réalisation forcée des propriétés intellectuelles en droit français », *Les Cahiers de droit* juin 2018, 59-2, p. 425 et s. : « l'hétérogénéité des difficultés soulevées par la réalisation forcée des différents types de propriétés intellectuelles souligne que l'uniforme capuchon gris du droit peine à masquer la diversité des biens immatériels. Leur examen à la lumière des actes de procédure civile d'exécution laisse percevoir que, si des modèles communs peuvent être imaginés à partir de celui de la saisie de créance, et donc du rôle clé de l'opposabilité, ils ne doivent pas ignorer pour autant les spécificités des différentes propriétés intellectuelles qui, sous une dénomination commune, cachent, en réalité, des monopoles bien disparates ! » (p. 440), ou encore, plus généralement, G. Loiseau, « Propriétés intellectuelles », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.) *Lamy droit des sûretés*, mai 2020, n° 242-3, affirmant que les différences de traitement « et plus généralement la dispersion des propriétés intellectuelles, les constituent finalement en une sorte de nébuleuse, qui plus est en perpétuelle mutation ».

² C. Albigès, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.* 2014. 795, qui distingue les biens dynamiques caractérisés par une obligation d'exploitation, et les autres ; E. André, *Les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté*, préf. N. Borga, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 191, 2019, n° 406 et s., p. 253 et s., opérant une partition entre les actifs incorporels d'exploitation et les actifs incorporels de réalisation ; V. Pinto Hania *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, th. Paris-Est-Créteil, 2011, n° 15 et s., p. 32 et s., divisant la catégorie des meubles incorporels entre les biens immatériels financiers et les biens immatériels industriels.

³ H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* 2010. 1100, n° 17, article traitant notamment des lots de copropriété des immeubles ou des *smartphones* de marques célèbres. V. également, du même auteur, « La place de l'incorporel dans l'avant-projet de droit des biens », *RLDC* nov. 2009, dans lequel il indique qu'« il est apparu difficile et dangereux d'isoler l'incorporel dans le Livre II [du Code civil], un titre spécialisé en la matière aurait été techniquement impossible au regard de la variété de ces biens incorporels, de leurs évolutions constantes et de leurs points communs, parfois très limités ».

pourtant relevé le défi, proposant un droit commun du nantissement qui réunirait toutes les règles communes aux différentes garanties sur biens immatériels¹. En résumé, ce droit commun indiquerait que la sûreté doit être constituée par un écrit sous seing privé, opposable par une inscription sur un fichier unique à créer, et qu'elle obéirait aux principes de l'accessoire et de l'indivisibilité. Par ailleurs, le constituant serait soumis à une obligation de conservation dont la bonne exécution pourrait être vérifiée à tout moment par le créancier, alors que la faculté de stipuler un pacte comissoire devrait être ouverte à tous. On ne peut pourtant se satisfaire d'un tel régime. En effet, la diversité des biens incorporels conduit nécessairement à une réflexion à caractère très général, voire abstrait, ce qui confine en réalité à l'élaboration d'un droit commun des sûretés réelles. Le principe de l'accessoire mis à part – en raison de son caractère commun à l'intégralité des sûretés –, toutes les règles citées par M. Albigès participent en effet d'un tel droit commun, ainsi qu'on l'a vu précédemment. La rédaction d'un écrit n'a rien de spécifique aux sûretés sur meubles incorporels², le nantissement n'est ni plus, ni moins indivisible que le gage ou l'hypothèque³ et le pacte comissoire est un mode de réalisation commun à toutes les sûretés réelles, en ce compris les fiducies⁴. L'élaboration d'un droit commun spécifique au nantissement est donc impossible, faute de points communs suffisants entre les différents meubles incorporels⁵. Il s'agit sans doute d'un signe de ce qu'une *summa divisio* des sûretés réelles fondée sur la nature de l'assiette est malvenue : si le régime de la sûreté ne peut faire abstraction de la nature du bien grevé, il ne s'agit toutefois pas de l'*alpha* et de l'*omega* de la matière⁶. Le droit des sûretés connaît des techniques propres qui en font une matière d'une ampleur bien supérieure à celle d'une simple annexe du droit des biens⁷. C'est la raison pour

¹ C. Albigès, « Les sûretés et les biens immatériels en droit français : quelles sont les perspectives ? », art. précité, p. 348 et s.

² V. *supra*, n° 313 et s.

³ V. *supra*, n° 558 et s.

⁴ V. *supra*, n° 637 et s.

⁵ V. également le régime commun brossé à grands traits par M. Vivant, « L'immatériel en sûreté », art. précité, n° 6 et s., p. 409 et s., citant tour à tour l'exigence d'un écrit, la publicité par inscription, la possibilité de constituer plusieurs sûretés sur un même bien, d'affecter en garantie des choses futures, l'obligation de conservation à la charge du débiteur (qui présente parfois une physionomie particulière) et, enfin, la faculté d'attribution judiciaire offerte au créancier.

⁶ Ce qui prouve une fois de plus que « le développement des réalités immatérielles oblige à s'interroger sur l'existence de lacunes, non pas ponctuelles, mais structurelles » (D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens – Les ressources du langage juridique », in *L'immatériel*, APD, T. 43, 1999, p. 67).

⁷ En ce sens, M. Billiau, « Réflexions sur le gage », art. précité, n° 14 : « le trait commun [à tous les gages] réside donc dans la perte par le débiteur ou le tiers constituant de certains droits qui affectent l'utilité du bien (gage sur meubles corporels) ou sa maîtrise totale (gage sur créance). C'est une différence essentielle avec l'hypothèque [...] Inversement, si le débiteur n'abdique objectivement aucun droit susceptible de s'opposer par nature aux poursuites de ses autres créanciers, c'est-à-dire d'amputer la composition de son patrimoine libre de l'un de ses éléments d'actif, il n'y a pas de gage possible. Cette façon de concevoir le gage permet d'exclure de la notion l'ensemble des nantissements portant sur des propriétés incorporelles organisés par la loi (fonds de commerce, brevet, marque, logiciels) parce que le débiteur conserve dans tous les cas l'utilité de son bien et les prérogatives de

laquelle le Code civil distinguait initialement le nantissement, sûreté avec dépossession¹, de l'hypothèque, sûreté sans dépossession². Il faut renouer avec notre passé et prendre conscience de ce qu'une *summa divisio* du droit des sûretés ne peut accomplir ses objectifs que si elle prend en compte les spécificités de ce droit : il nous semble alors que seule la distinction des sûretés hypothécaires et non-hypothécaires est à même de remplir ce rôle.

816. Conclusion de la section 1. La rationalisation du droit des sûretés mobilières n'est pas chose aisée. Des remèdes qui paraissent appropriés peuvent s'avérer pires que le mal. C'est d'abord le cas de la proposition, largement relayée en doctrine, d'importer la « sûreté unique » des pays anglo-saxons et des organisations internationales. L'harmonisation des prérogatives de tous les titulaires de sûretés est en effet particulièrement attirante, qu'il s'agisse de créer littéralement une seule sûreté, ou bien seulement de réduire la diversité, tout en permettant aux créanciers de recourir à différentes sûretés, selon leurs besoins, obéissant au même régime. Il faudrait pourtant se garder de céder à ces sirènes. L'harmonisation est en effet très loin d'être totale : les droits étrangers continuent à traiter certains créanciers de manière singulièrement plus favorable que l'immense majorité d'entre eux, qu'il s'agisse de leur reconnaître un droit exclusif ou bien simplement un droit de préférence qui occupe toujours le premier rang. Par ailleurs, l'accessibilité de ces législations est bien souvent obscurcie par le fourmillement de détails qui n'est que la contrepartie d'une uniformisation en trompe-l'œil. En effet, si la nature du bien n'est pas un minimum prise en considération dans la classification des sûretés, elle rejaillit nécessairement sous la forme d'une myriade de dispositions spéciales indiquant les modes de constitution, d'opposabilité et de réalisation de la sûreté portant sur un compte bancaire, du matériel d'équipement, ou encore un bien de consommation courante.

*propriétaire. La sûreté procède alors d'une autre logique » ; D. Houtcieff, « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? », art. précité, « ce disparate s'explique aisément. Il est le signe de ce que la corporalité ou l'incorporalité de l'assiette de la sûreté n'est pas décisive de la nature, et moins encore de l'essence, de la sûreté. La définition de la sûreté ne peut passer que par sa technique, non par son assiette [...] La distinction entre sûreté mobilière et sûreté immobilière elle-même a ses limites, quand l'on songe à quelques hypothèques mobilières. L'incorporalité du bien a probablement moins d'incidence encore sur la sûreté : seule importe la nature de sûreté réelle et la mise en œuvre de la technique de l'affectation de la valeur du bien. L'appréhension physique devrait être indifférente » ; C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 55, 2001, dont l'ouvrage est structuré autour de la distinction des sûretés dans lesquelles l'affectation conduit à la perte des utilités du bien par le constituant, sur le modèle du gage, et des sûretés qui permettent au constituant de continuer à exploiter son bien, sur le modèle de l'hypothèque.*

¹ Art. 2071 et s. anc. C. civ.

² Art. 2092 et s. anc. C. civ.

Dans la mesure où la prise en considération des caractéristiques des biens grevés est inévitable, pourquoi ne pas se contenter d'améliorer la *summa divisio* qui existe déjà ? Il est certain que l'incorporalité de l'assiette emporte des conséquences de grande ampleur sur les modalités de son affectation en garantie, il n'est qu'à songer à la dépossession du gagiste pour s'en convaincre. Il faudrait alors poursuivre le travail entamé par la Commission Grimaldi et développer la distinction des gages et des nantissements. La situation actuelle n'est en effet pas tenable : le renvoi au droit du gage, censé pallier les vides juridiques des régimes des nantissements spéciaux, ne joue pas son rôle. Là où s'additionnent les dispositions hétéroclites propres à chaque sûreté spéciale – par exemple en matière de publicité – il est impuissant à réaliser une unification *a minima* et laisse donc entier le désordre. Là où le régime du nantissement spécial a été bien détaillé par le législateur, il se trouve parfois inapplicable en raison des divergences profondes entre l'esprit du gage et celui des sûretés spéciales. Peut-on songer à élaborer un droit commun du nantissement, pour achever de séparer biens corporels et incorporels ? Cette tâche paraît impossible, tant la distinction des biens corporels et incorporels semble insaisissable. Ni la sûreté unique, ni la distinction des gages et des nantissements ne permet donc de parvenir au but souhaité. Une seule autre possibilité reste ouverte : adopter une nouvelle *summa divisio*, qui ne prendrait pas uniquement en compte les caractéristiques des biens grevés, mais se focaliserait sur la technique d'affectation en garantie de l'assiette de la sûreté. Cette *summa divisio*, c'est le clivage des sûretés hypothécaires et non-hypothécaires.

Section 2 : La proposition retenue – La *summa divisio* des sûretés hypothécaires et non-hypothécaires

817. Plan. La démonstration de l'impossibilité pour la distinction des gages et des nantissements de structurer l'ensemble du droit des sûretés mobilières emporte deux conséquences. L'une est immédiate et devrait consister en la suppression de l'alinéa 5 de l'article 2355 du Code civil, un renvoi généralisé au droit du gage pour résoudre les questions en suspens dans le régime des sûretés sur biens incorporels étant inadapté. La seconde est l'ouverture d'une période de réflexion consacrée à la recherche d'une meilleure *summa divisio*

du droit des sûretés mobilières. Certains proposent le retour à la distinction des sûretés avec et sans dépossession¹. Si l'idée apparaît séduisante, notamment eu égard à sa place éminente en droit des procédures collectives², cette *summa divisio* n'est pas aussi hermétique qu'on pourrait le croire : les attributs traditionnellement attachés à la dépossession, tel le droit de rétention, ont tendance à se généraliser³, alors que certaines sûretés ont du mal à trouver leur place au sein de cette partition de la matière⁴. Il nous semble, alors que la question de l'opposabilité des sûretés réelles et de la place du droit de suite est au centre du débat doctrinal, que la *summa divisio* devrait s'organiser autour de l'existence ou de l'absence d'une telle prérogative⁵. Lorsque la sûreté portant sur un meuble peut faire l'objet d'une publicité réelle, il s'agit d'une sûreté hypothécaire, conférant à son bénéficiaire un droit de suite virtuellement illimité. A l'inverse, lorsque seule une publicité personnelle est envisageable⁶, la sûreté est nécessairement non-hypothécaire, et la protection du créancier passe alors par d'autres procédés.

Le Code civil pourrait accueillir une telle distinction. Dans un premier temps, il faudrait identifier les meubles présentant un degré de fixité suffisant pour faire l'objet d'une publicité réelle. Seuls les meubles enregistrés remplissent ces conditions, ce qui rend aisée l'énumération des sûretés hypothécaires : il s'agit des hypothèques maritime, navale et aérienne, des différents nantissements de fonds d'exploitation⁷, des nantissements de droits de propriété littéraire et

¹ V., par ex., N. Borgia, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », art. précité, n° 13.

² V. *supra*, n° 691 et s.

³ C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », art. précité.

⁴ V., à propos de la difficulté à classer les sûretés sur actifs financiers dans l'une de ces deux catégories, M. Julienne et S. Praicheux, « Réforme du Code civil, crise financière, blockchain : où en sont les garanties financières ? », *RDBF* sept. 2018, dossier 32, n° 14 : « Où ranger, au regard de ce critère, le nantissement de compte-titres qui, tout en conférant à son titulaire un « droit de rétention », laisse les parties libres de fixer « les conditions dans lesquelles [le constituant] peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti » (C. mon. fin., art. L. 211-20, IV), et dont on ne sait pas trop s'il emporte ou non dessaisissement du constituant ? Que dire encore du nantissement d'un compte bancaire, qui laisse liberté au constituant de le faire fonctionner mais qui s'accommode d'une clause de blocage conservatoire ? ».

⁵ Dans le même sens, v. J. Brèthe de la Gressaye, « Le droit du crédit », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 130 ; M. Cabrillac, th. précitée, distinguant « les sûretés comportant un droit de suite sans restriction » (Première partie, premier titre) des autres ; P. Dingreville, *L'hypothèque mobilière – Sa distinction du gage sans dépossession*, th. Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1937, p. 20 : « les interventions du législateur ont montré qu'à l'intérieur de la catégorie des meubles on pouvait faire d'importantes distinctions entre d'une part ceux qui sont affectés à la production et ceux qui sont destinés à circuler et d'autre part, parmi les premiers, entre ceux qui ont une stabilité suffisante pour échapper aux deux règles des articles 2279 et 2119 [2276 et 2398 C. civ.] et ceux dont la stabilité de fait permet seulement la constitution de sûretés réelles sans dépossession opposables seulement aux autres créanciers du débiteur » ; C. Gijsbers, th. précitée, n° 610 et s., p. 617 et s.

⁶ Sur laquelle, v. not. P. Dingreville, th. précitée, p. 179 : « La publicité remplaçant la dépossession [dans les warrants] ne rendra la sûreté opposable qu'aux autres créanciers du propriétaire de l'objet warranté. Cette publicité n'a donc pas besoin d'avoir une portée aussi vaste que celle des hypothèques puisqu'elle n'intéressera que les créanciers ayant un même auteur. Dans cette mesure la publicité se détache en partie du bien warranté pour se rapprocher du débiteur qui a consenti le warrant. Ce sont les personnes qui sont appelées à devenir créancières de celui-ci qui ont intérêt à connaître l'existence de la sûreté. Dans cette mesure, celle-ci devient davantage personnelle ».

⁷ C'est-à-dire les nantissements de fonds de commerce, de fonds artisanal et de fonds agricole. Les trois figures peuvent aisément être traitées ensemble. V., en matière de nantissement du fonds artisanal, A. Dejoie et F. Phan Thanh, « Définition et avenir du

artistique (films cinématographiques et logiciels) et, enfin, des nantissements de droits de propriété industrielle (brevets, topographies de semi-conducteurs, certificats d'obtention végétale, marques, dessins et modèles). Ces biens sont facilement identifiables, tous les droits les ayant pour objet étant enregistrés. Les sûretés portant sur ces biens peuvent alors conférer un droit de suite illimité à leurs titulaires, dont l'efficacité doit être contrebalancée par l'existence d'une procédure de purge protégeant leurs acquéreurs. Cette catégorie de sûretés présente donc une unité certaine (§1).

La catégorie résiduelle serait alors composée de toutes les sûretés non-hypothécaires, divisées en deux sous-groupes : les cessions et nantissements de biens incorporels d'une part, les gages de meubles corporels d'autre part. Une énumération de toutes les garanties contenues dans cet ensemble serait bien trop fastidieuse pour être entreprise ici. Le manque d'homogénéité des sûretés non-hypothécaires exclut toute possibilité de création d'un droit commun « familial » : au-delà du droit commun des sûretés réelles, leurs assiettes présentent des caractéristiques trop différentes pour être traitées de la même manière par le droit des sûretés. Il nous semble alors que le nantissement de créance est apte à servir de sûreté-modèle aux nantissements et cessions hors du droit financier, tandis que le gage du Code civil, qui est d'ores et déjà la sûreté-modèle sur meubles corporels, aurait vocation à devenir une sûreté unique. Si l'on ne peut parvenir à une présentation unitaire de ces sûretés mobilières, ce clivage permet au moins de fixer les dimensions réelles de certaines des questions les plus âprement discutées¹, et notamment le périmètre de l'immunité des garanties aux règles du droit des procédures collectives, ou la place du droit de rétention (§2).

fonds artisanal », *LPA* 30 avril 2009, p. 15 et s., qui estiment que le « *texte sur le nantissement constitue un véritable « copier-coller » du nantissement commercial créé par la loi de 1909* », ainsi que J.-L. Puygauthier, « Les conséquences de la loi du 5 juillet 1996 dite « Loi Raffarin » sur le monde artisanal », *JCP N* 1997. 4035, n° 92 et s., ou encore S. Rezek, « De la nécessaire distinction entre le fonds de commerce et le fonds artisanal », *JCP N* 2002. 1722, n° 16. En matière de nantissement de fonds agricole, v. E. Clerget et C. Gassel, « Les perspectives d'une garantie nouvelle : le nantissement », *LPA* 30 avril 2009, p. 32 et s., affirmant que « *le régime du nantissement du fonds agricole est calqué sur celui du fonds de commerce, auquel le législateur renvoie* », ainsi que I. Pétel-Teyssié, « Une nouvelle sûreté : le nantissement du fonds agricole », *Droit rural* fév. 2006, étude 4, *passim*.

¹ Comp., dans un sens similaire, C. Gijsbers, th. précitée, n° 610, p. 617 : « *nous parlons ici de « types » de sûretés réelles car l'immense variété des régimes empêche d'établir entre les multiples figures existantes des relations de parfaite identité. Ce sont donc plutôt des familles de sûretés que l'on voudrait ici recomposer, en fonction de leur mécanique générale commune et, plus précisément, en fonction de la manière dont elles protègent le créancier contre le risque d'aliénation du bien grevé* ».

§1) Ebauche d'un droit commun des sûretés hypothécaires

818. Plan. Mettre en lumière les principes fondamentaux qui structurent le régime des hypothèques mobilières n'est pas excessivement difficile, tant en raison du petit nombre de sûretés méritant cette qualification que des caractéristiques présentées par les biens grevés. Comme l'a affirmé Cabrillac, de telles garanties ne peuvent être constituées que sur des meubles individualisés, à assiette fixe, dont l'usage et la possession sont ostensibles, et qui sont d'une valeur considérable. Les spécificités de ces biens offrent la possibilité de mettre en place un système de publicité très complet obligeant les tiers à consulter les registres sur lesquels sont enregistrés tous les droits portant sur ces biens, ce qui les rend insusceptibles de bénéficier de la protection possessoire prévue par l'article 2276 du Code civil¹. L'unité de la catégorie se forme alors autour du triptyque meuble individualisé – droit de suite parfait – procédure de purge afin de protéger les acquéreurs et de permettre la circulation de ces biens (**A**).

Les prérogatives du créancier sont également harmonisables eu égard aux particularités des biens hypothécables. Outre la facilité avec laquelle on peut les localiser, qui explique la vigueur du droit de suite conféré par une hypothèque, ils se singularisent du fait de leur caractère frugifère. Cette originalité explique que la physionomie de telles garanties soit légèrement différente de celle des autres sûretés, sans pour autant déroger au droit commun. La nécessité d'exploiter continuellement ces biens impose ainsi une obligation de conservation plus sévère que d'ordinaire au constituant. Mais, à l'avenir, les fruits du bien grevé pourraient profiter au créancier bénéficiaire : il est en effet envisageable de lui permettre de se les approprier, une fois le débiteur défaillant, afin de mieux tirer parti des spécificités des biens hypothécables (**B**).

A) Unité de la catégorie

819. Critique de l'article 2398 du Code civil. A première vue, il peut sembler étrange de proposer de segmenter le droit des sûretés mobilières en s'appuyant sur la qualification d'hypothèque, l'article 2398 du Code civil indiquant expressément que « *les meubles n'ont pas*

¹ Sur tous ces points, v. M. Cabrillac, th. précitée, n° 4 et s., p. 26 et s.

de suite par hypothèque », après avoir posé un principe selon lequel l'hypothèque porte nécessairement sur un immeuble¹. Le législateur a ainsi manifesté très clairement sa volonté de ne pas reconnaître la validité de l'hypothèque mobilière². Pourtant, le droit positif inflige un sévère démenti à cette prohibition. De la fin du XIX^e au début du XX^e siècle, trois hypothèques mobilières nommées ont vu le jour, portant d'abord sur les navires, puis sur les bateaux et, enfin, sur les aéronefs. Parallèlement à ce mouvement, la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement de fonds de commerce a été la première à consacrer une hypothèque mobilière innommée, suivie en cela par les lois instituant les différents nantissements sur droits de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse du nantissement des films cinématographiques, du droit d'exploitation des logiciels, de marques, ou encore du nantissement de brevet et de ses dérivés, qui ont pour assiette les certificats d'obtention végétale ou les topographies de semi-conducteurs. Devant l'unanimité doctrinale reconnaissant à toutes ces sûretés la qualification d'hypothèque mobilière³, il est évident que l'article 2398 du Code civil n'appartient plus au droit positif : il devrait donc être abrogé, ce qui impose de repenser les « étiquettes » du droit des sûretés.

820. Contrairement à ce que l'on pourrait penser – et à ce que suggérait l'architecture initiale du Code civil – la distinction du gage et de l'hypothèque ne recoupe pas exactement le clivage des sûretés avec et sans dépossession⁴. Ce qui caractérise véritablement l'hypothèque,

¹ Art. 2397 C. civ.

² Dans l'Ancien Droit, cette prohibition était entendue comme l'impossibilité pour un créancier d'obtenir un droit de préférence et un droit de suite d'origine conventionnelle sur les meubles de son débiteur. Toutefois, la Normandie, la Bretagne, l'Anjou et le Maine connaissaient une « hypothèque mobilière » qui ne conférait qu'un droit de préférence, à l'exclusion d'un droit de suite, v. J. Yver, « Note sur l'hypothèque mobilière dans quatre coutumes de l'Ouest de la France », in *Dix ans de conférences d'agrégation – Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 477 et s.

³ V., entre autres, M. Cabrillac, th. précitée, n° 13 et s., p. 35 et s. ; P. Dingreville, th. précitée, p. 207 et s. ; R. Roblot, « Les sûretés mobilières sans déplacement », art. précité, n° 3, p. 364 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 733 et s., p. 680 et s. ; Ph. Théry, *op. cit.*, n° 239, p. 303 et s., ainsi que n° 250 et s., p. 317 et s. Comp. toutefois, ne reconnaissant cette qualification qu'aux sûretés expressément désignées comme telles par le législateur, J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 962, pp. 403-404 : « toutes les sûretés assises sur une propriété incorporelle seraient en réalité des hypothèques mobilières. Cette analyse n'est pas nécessairement déraisonnable [...] Il reste néanmoins que le législateur refuse systématiquement la qualification d'hypothèque au profit de celle de nantissement en dépit des observations doctrinales. On peut y voir un indice en ce sens que, de propos délibérés, le législateur refuse de consacrer la notion technique d'hypothèque mobilière [...] Il faut prendre acte de cette volonté et refuser d'incorporer ces sûretés dans la catégorie des hypothèques, ce qui conduit à les présenter sous l'expression commode de gages par détermination de la loi », ainsi que n° 1023, p. 463, ou encore C. Monnerie, « Mise en perspective du nantissement cinématographique : tentative d'identification entre théorie et pratique », *CCE* mai 2006, étude 12, n° 5, favorable à ce que le nantissement de film cinématographique suive la qualification qui découle des clauses stipulées par les parties.

⁴ Ce qui est devenu évident avec la consécration du gage sans dépossession de droit commun au sein du Code civil. V., autrefois, G. Argou, *Institution au droit françois*, T. II, par. M. A. G. Boucher d'Argis, Desaint et Saillant, Paris, 9^e éd., 1764, p. 353 : « le gage s'entend d'une chose mobilière, dont la possession réelle et actuelle est transférée en la personne du créancier pour la sûreté de ce qui lui est dû ; ce qui est aussi appelé nantissement. L'hypothèque, au contraire, s'entend des immeubles que le débiteur affecte et engage au paiement de la dette, et dont il retient la possession ».

c'est l'organisation d'un système de publicité recensant l'intégralité des droits portant sur un bien facilement localisable¹, ce qui permet au bénéficiaire de la sûreté de disposer d'un droit de suite virtuellement illimité l'investissant du droit d'agir contre tout acquéreur du bien, peu important le nombre de mutations survenues depuis son transfert hors du patrimoine du constituant². Dans la mesure où toutes les charges pesant sur le bien grevé sont répertoriées au sein d'un seul registre, la bonne foi d'un éventuel possesseur n'aurait pas droit de cité. Si les rédacteurs du Code civil ont estimé qu'il ne pouvait exister d'hypothèque qu'immobilière, c'est en contemplation de considérations pratiques qu'ils sont parvenus à cette conclusion. En effet, dans la continuité de l'adage *res mobilis, res vilis*, les discussions ont fait apparaître que la possibilité de déplacer facilement les biens meubles hors de portée du créancier constituait un obstacle dirimant à la consécration de l'hypothèque mobilière. Les meubles ne connaissant pas la fixité qui caractérise les immeubles, il aurait été aisé pour le constituant d'une hypothèque mobilière de faire disparaître l'assiette de la sûreté avec la complicité d'un tiers. La protection des intérêts des créanciers a donc motivé l'exclusion de l'hypothèque mobilière, qui aurait confiné au leurre, faute de droit de suite parfait³.

¹ P. Dingreville, th. précitée, pp. 232-233 : « La publicité produira des effets différents selon qu'elle sera plus ou moins complète, c'est-à-dire qu'elle sera plus ou moins apte à suivre le meuble partout où il se trouvera. En définitive, le problème de la publicité en matière mobilière est un problème d'individualisation et d'immobilisation du meuble. Si ces opérations sont faciles, la publicité sera également facile et efficace. Si, au contraire, le meuble est fongible et s'il est facilement déplaçable, le législateur hésitera à imposer des formalités de transfert et il se contentera de le saisir dans un patrimoine. Dès lors, le seul effet de la publicité sera de prévenir les autres créanciers de ce patrimoine, c'est-à-dire, de conférer un droit de préférence. Si le bien sort, au contraire, du patrimoine, la publicité devient inefficace et, par suite, elle sera inopposable aux tiers acquéreurs, sa sûreté ne confèrera pas alors le droit de suite. C'est de cette différence dans l'étendue de la publicité que résulte la différence entre les hypothèques mobilières qui donnent au créancier droit de préférence et droit de suite et les gages sans dépossession, c'est-à-dire les warrants qui ne donnent qu'un simple droit de préférence protégé par un droit de rétention ». V., par ex., estimant que c'est au regard des règles du droit des sûretés réelles que le navire est traité comme un immeuble de la manière la plus évidente, R. Jambu-Merlin, « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ? » in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 309. V. également, présentant le droit civil hongrois après la réforme de 1996, A. Harmathy, « Sûretés réelles entre droit réel et droit personnel », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon : d'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, 1999, n° 11, p. 291 : « l'objet de l'hypothèque peut être des meubles et des immeubles également, la condition est toutefois dans tous les cas l'enregistrement ».

² V. par ex., G. Hubrecht, « La nouvelle loi espagnole du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession », art. précité, p. 366 indiquant que lorsque les meubles sont « susceptibles d'une action réelle illimitée fondée sur une identification indiscutable », le législateur espagnol qualifie la sûreté d'hypothèque mobilière et non de gage sans dépossession. Par ailleurs, il faut se souvenir qu'une telle prérogative confère l'excellent avantage d'être payé par préférence aux créanciers de l'acquéreur. Pour un exemple dans lequel le créancier nanti sur un fonds de commerce a pu « doubler » le Trésor Public, créancier de l'acquéreur, v. Com., 15 avril 1975, *Bull. civ. IV*, n° 105, p. 88 (n° 74-10457).

³ V. Bigot-Préameneu, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 226 : « les Romains donnaient à l'hypothèque le même effet sur les meubles que sur les immeubles, et cette règle s'était conservée dans quelques parties de la France. Mais on avait en général reconnu qu'il était très-difficile, ou le plus souvent impossible, de suivre les meubles dans les mains des tierces personnes auxquelles le débiteur les avait transmis. Cette sorte d'hypothèque a été regardée comme nulle, ou comme moins utile que nuisible au créancier, à cause de la difficulté de l'exercer. De là cette règle que les meubles n'ont point de suite par hypothèque, règle regardée comme si raisonnable, que, dans les divers projets de loi qui sont présentés, on la conserve ». Pour une approche historique de cette règle, on consultera E. Putman, « Sur l'origine de la règle : « meubles n'ont point de suite par hypothèque » », *RTD Civ.* 1994. 543, not. n° 4 : « seule l'utilité de la sûreté pour le créancier

821. Cette justification affiche les limites de la prohibition : à chaque fois que le législateur soumet un bien meuble à un régime de publicité complet, sur le modèle de la publicité foncière, la reconnaissance de l'hypothèque mobilière ne fait face à aucun obstacle¹. L'hypothèque immobilière a donc vocation à jouer le rôle de sûreté-modèle, et son régime celui de droit commun des sûretés hypothécaires², en attendant, peut-être, la consécration d'un corps de règles s'appliquant à toutes les hypothèques, indifféremment à la nature de leur assiette. Il faut toutefois se garder de plaquer purement et simplement les articles 2393 et suivants du Code civil sur le régime des hypothèques mobilières : un examen préalable est indispensable afin de déterminer si la règle est motivée par la nature hypothécaire de la sûreté ou par la consistance de son assiette³. Quoiqu'il en soit, ces différentes garanties se réunissent autour de l'existence d'un système de publicité complet, conférant un droit de suite parfait, ce qui nécessite l'organisation d'une procédure de purge afin de protéger les tiers acquéreurs⁴.

a été considérée, à partir de cette constatation que le meuble est fuyante chose. L'hypothèque ne sied pas au meuble parce que la remise de la chose au créancier n'est pas de son essence, et que le meuble sera toujours dans ces conditions trop facile à soustraire à la vigilance du preneur de sûreté ».

¹ Rappr. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 704, pp. 656-657 : « dès l'instant qu'un meuble a de la valeur et qu'il est possible de lui donner un point d'attache fixe, il n'y a pas de motif pour qu'il ne puisse former l'objet d'une hypothèque [...] De nombreux biens meubles peuvent être individualisés et donc donner lieu à une publicité efficace. Constituant des éléments fiables du patrimoine, les meubles « localisables » peuvent procurer du crédit à leur propriétaire. C'est pourquoi la plupart des auteurs s'accordent pour dire que le droit des sûretés n'exclut nullement de son domaine les hypothèques mobilières ».

² En un sens similaire, A. Caill, *De l'hypothèque maritime*, th. Brest, Imprimerie J-P. Gadreau, 1876, p. 120 : « nous devons [...] appliquer toutes les règles relatives aux hypothèques immobilières sur les points que la loi n'a pas réglé ; par son silence même elle s'en réfère au droit commun », ou encore E. Jeanbernat, *L'hypothèque maritime en droit français*, th. Paris, Alphonse Derenne, 1881, *passim*.

³ Sur cette précaution indispensable, v. M. Cabrillac, th. précitée, n° 34, p. 66 : « la référence aux règles générales du droit hypothécaire doit cependant être utilisée avec une grande prudence. Ces règles ont été conçues et fixées pour un objet immobilier, il sera parfois dangereux et inopportun d'en projeter l'application dans le monde des meubles. Quelle que soit l'identité de leur nature juridique, il va exister entre l'hypothèque de l'immeuble et celle du meuble, la différence profonde qu'impose la nature profondément différente de leur objet. Aussi, lorsque l'on est tenté d'étendre les règles du droit commun hypothécaire à l'hypothèque mobilière, faut-il le faire avec beaucoup de discernement. Chacun des cas d'hypothèque mobilière offre des particularités qu'il convient d'abord de confronter à l'esprit de la règle que l'on voudrait étendre pour qu'elle ne risque pas de le heurter. Il faut ensuite s'assurer que cette règle est bien une conséquence de la notion d'hypothèque et non de la nature immobilière de l'objet auquel s'applique traditionnellement cette notion ».

⁴ Il faut alors également considérer les sûretés judiciaires sur immeubles et fonds de commerce comme des sûretés hypothécaires, étant donné que leur inscription investit le bénéficiaire des droits du titulaire d'une sûreté conventionnelle ou légale, d'après l'art. R. 532-8 CPCE. C'est également l'avis de M. Delebecque, qui affirme qu'« en disposant que les biens grevés d'une sûreté judiciaire demeurent « aliénables », l'article 79 de la loi nouvelle confirme l'interprétation que la plupart des auteurs avaient attachée aux effets de l'inscription provisoire d'hypothèque ou de nantissement judiciaire. Le débiteur est dans la situation d'un débiteur hypothécaire : il peut librement disposer de ses biens, sauf pour le créancier à exercer son droit de suite » (« Les sûretés judiciaires », *LPA* 6 janv. 1993, n° 4, p. 94). La situation est différente pour le nantissement judiciaire de valeurs mobilières, caractérisé par la fluidité de son assiette (art. L. 531-2, al. 2 CPCE), comme toutes les sûretés portant sur des actifs financiers (v. *infra*, n° 851 et s.). Comp. toutefois, estimant que l'unification des règles applicables aux différentes sûretés judiciaires « incite à voir dans le nantissement provisoire des valeurs mobilières un modèle pour l'hypothèque sur créance » (M. Bandrac, « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 49, n° 22), ou encore qu'« il y a de bonnes raisons de penser que l'ensemble de la catégorie relève bien du droit hypothécaire » (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 742, p. 689).

822. Harmonisation des règles générales de publicité. La publicité de la sûreté hypothécaire s'insère dans un système complet de publication des droits réels grevant le bien, matérialisé par un registre librement consultable par le public, recensant l'intégralité des droits portant sur l'assiette de l'hypothèque¹. Sur le modèle de la publicité foncière, les mutations ainsi que les concessions de droits sur le bien grevé par la sûreté doivent être inscrites. La détermination des règles de publicité suppose alors de sortir du droit des sûretés *stricto sensu* pour s'aventurer dans le droit des biens, où le paysage prend la forme d'une mosaïque de registres très complets : c'est ainsi que, pour ne retenir que trois exemples, « *tout acte ou jugement translatif, constitutif ou déclaratif de propriété ou de droits réels sur un bateau* » doit être inscrit sur un registre spécial au greffe du tribunal de commerce de son lieu d'immatriculation², que le nantissement de fonds de commerce est inscrit sur un registre spécial tenu par le greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité, qui recense également les mutations dont celui-ci fait l'objet³, ou encore que le nantissement de films cinématographiques est inscrit, à l'instar de tous les « *actes, conventions et jugements intervenus à l'occasion de la production, de la distribution, de la représentation et de l'exploitation en France des œuvres cinématographiques et audiovisuelles* », dans le registre public tenu par le Centre national du cinéma et l'image animée⁴. Cette règle se vérifiant également au sein du régime des autres hypothèques mobilières, l'on voit apparaître un principe selon lequel toutes ces garanties sont soumises à une publicité réelle, qui s'attache au bien grevé, et non à l'identité du débiteur. Si le principe est commun à toutes les sûretés hypothécaires, quelques différences subsistent qui nuisent légèrement à la clarté de l'ensemble.

823. C'est d'abord la situation du nantissement du droit d'exploitation d'un logiciel qui interpelle : le législateur n'a prévu que la publicité de cette sûreté, à l'exclusion de tous les autres droits portant sur les logiciels. Le pouvoir réglementaire a cependant renforcé la position du créancier nanti en prévoyant la publicité de tous les actes portant sur un logiciel nanti au Registre national spécial des logiciels, tenu par l'INPI. Dans la mesure où l'article 2276 du

¹ Ce qui n'est pas le cas du meuble grevé d'un gage sans dépossession : la sûreté doit certes être publiée, mais toutes les mutations du bien n'ont pas à être minutieusement enregistrées.

² Art. L. 4121-2 C. transports.

³ Art. L. 142-3 et R. 143-7 C. com.

⁴ Art. L. 121-1 Code du cinéma et de l'image animée.

Code civil n'est pas invocable en ce domaine¹ et où une publicité complète a été organisée, il nous semble qu'il faut conclure à l'existence d'un droit de suite parfait au bénéfice du créancier nanti sur le droit d'exploitation d'un logiciel². Les voix discordantes sont toutefois nombreuses, s'appuyant sur l'absence de publicité systématique des droits grevant les droits d'exploitation des logiciels³. D'autres auteurs encore se prononcent en faveur de l'existence d'un droit de suite restreint, dont l'effectivité serait subordonnée à la preuve de la connaissance du nantissement par le tiers acquéreur⁴. Mais alors, autant affirmer de but en blanc que le nantissement publié octroie un droit de suite parfait à son titulaire, étant donné que l'accomplissement de toute formalité de publicité constitutive ou confortative obligatoire déclenche le jeu d'une présomption irréfragable de connaissance de l'acte publié⁵, or le nantissement de droit d'exploitation d'un logiciel doit être publié à peine d'inopposabilité⁶. Ce nantissement est donc nécessairement connu des tiers, ce qui leur interdit de se prévaloir de leur prétendue ignorance pour s'opposer au droit de suite du créancier nanti. Pour éviter d'autres débats à l'avenir, le législateur serait bien inspiré de prévoir, dans la partie législative du Code de la propriété intellectuelle, la publication à peine d'inopposabilité de tous les droits portant sur les logiciels.

824. Ce sont ensuite deux questions de nature temporelle qu'il faut résoudre. L'hypothèque immobilière du Code civil prévoit que, lors de l'inscription, le créancier peut être colloqué pour trois années d'intérêt au même rang que le principal. Au-delà, la garantie du

¹ V. *supra*, n° 803 et s.

² V. par ex., C. Gijsbers, th. précitée, n° 616, pp. 620-621. D'autres auteurs se sont prononcés dans un sens un peu différent, estimant que, malgré l'absence de droit de suite, le droit d'exploitation est tout de même immobilisé au profit du créancier nanti, v. D. Delaval, « Le contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels », *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 1994, p. 5, ainsi que M. Vivant, « Logiciel 94 : tout un programme ? », *JCP G* 1994. doctr. 3792, n° 21 : « on ajoutera aussi qu'il a été dit pour le déplorer que le droit mis en place ne comportait pas de droit de suite. C'est, à la fois, exact et inexact. Il n'existe peut-être pas de droit de suite proprio sensu mais, comme ce nantissement est tout intellectuel et lié à une inscription à laquelle est subordonnée l'opposabilité aux tiers, le droit ne peut pas « échapper » au créancier nanti ».

³ H. Croze, « Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels », *JCP E* 1996. 546, n° 19 et s. ; A. Lucas, « Nantissement du droit d'exploitation de logiciel (CPI, art. L. 132-34) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1360, mars 2013, n° 23. V. également, très partagée, I. Gavanon, « Le nantissement de logiciel dans la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une sûreté version bêta », *JCP E* 1995. 472, n° 22, estimant que l'inapplicabilité de l'article 2276 C. civ. devrait conduire à relativiser la critique reposant sur l'absence d'un système global de publicité.

⁴ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2019, n° 866, p. 857. Etrangement, ces deux auteurs penchent pour la qualification d'hypothèque mobilière, avant de se raviser et d'opter pour celle de « gage par détermination de la loi » (n° 864, p. 855).

⁵ C.-T. Barreau-Saliou, *Les publicités légales*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990, n° 189, pp. 128-129 : « les formalités de publicité obligatoires, quel que soit leur rôle, créent une présomption irréfragable de connaissance. Si la publicité est obligatoire, le tiers doit s'informer. [...] Les formalités de publicité confortative ou constitutive facultatives déclenchent aussi une telle présomption ».

⁶ Art. L. 132-34, al. 3 CPI.

paiement des intérêts passe par la prise d'inscriptions complémentaires¹. Cette règle se retrouve quasiment à l'identique dans le régime de l'hypothèque maritime². En revanche, tant le régime spécial de l'hypothèque fluviale que celui de l'hypothèque aérienne³ sont plus généreux, tandis que celui du nantissement de fonds de commerce⁴ l'est moins et que rien n'est prévu pour les autres hypothèques mobilières. Aucune différence objective de situation ne semble permettre de traiter différemment les navires, bateaux et aéronefs sur ce point. L'hypothèque immobilière ayant vocation à jouer le rôle de sûreté modèle, il paraîtrait judicieux de prévoir un renvoi au premier alinéa de l'article 2432 du Code civil au sein du régime des différentes hypothèques mobilières⁵. La même incohérence se retrouve dans la multiplication des délais de péremption de l'inscription hypothécaire, certains régimes spéciaux prévoyant une durée de cinq ans⁶, d'autres dix ans⁷, d'autres encore s'étendant aussi longtemps que le droit grevé est protégé par les règles de la propriété intellectuelle⁸. Encore une fois, par analogie avec le droit hypothécaire du Code civil, pour éviter au créancier d'avoir à renouveler trop souvent son inscription⁹ et pour aligner la durée de péremption de l'inscription du nantissement de fonds de commerce et celle des inscriptions des sûretés portant sur les différents éléments pouvant intégrer son assiette, il nous semble qu'il faudrait cette fois renvoyer au délai prévu au quatrième alinéa de l'article 2434 du Code civil, soit dix ans¹⁰.

¹ Art. 2432, al. 1 C. civ.

² Art. 248, al. 2 C. douanes : « *La publicité garantit, au même rang que le capital, deux années de l'intérêt en sus de l'année courante* ».

³ Art. L. 4122-7 et L. 6122-12 C. transports : « *l'inscription hypothécaire garantit, au même rang que le capital, trois années d'intérêt en plus de l'année courante* ».

⁴ Art. L. 143-19 C. com. : « [l'inscription] *garantit au même rang que le principal deux années d'intérêt* ».

⁵ Idéalement, il faudrait renvoyer à l'art. 2430 proposé par la Commission de réforme de la publicité foncière, présidé par M. Aynès, qui précise l'étendue des intérêts garantis par l'inscription : « *l'inscription des hypothèques et privilèges conserve, au même rang que le principal, les intérêts ou arrérages à échoir pour trois années seulement. Ces trois années sont décomptées à partir du paiement de la créance garantie ou de la consignation du prix de vente de l'immeuble grevé. Les intérêts ou arrérages qui ne sont pas couverts par l'inscription primitive ne peuvent être conservés que par une inscription spécifique qui prend effet à sa date* ».

⁶ Art. L. 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée et art. L. 132-34 CPI (nantissement de droit d'exploitation d'un logiciel).

⁷ Art. L. 4122-5 et L. 6122-11 C. transports (hypothèques fluviale et aérienne) ; art. 248, al. 1 C. douanes ; art. L. 143-19, al. 1 C. com. (nantissements de fonds d'exploitation).

⁸ V., sur la question, C. Souweine et A. Favreau, « Nantissement et saisie de brevets », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4770, avril 2015, n° 51.

⁹ Cette considération est d'autant plus importante que « l'effet légal » (sur lequel, v. *supra*, n° 568 et s.) des hypothèques mobilières se produit à la même date que celui de l'hypothèque immobilière, v., en matière de nantissement de fonds de commerce, Com., 14 janvier 1997, *Bull. civ.* IV, n° 15, p. 12 (n° 95-12108).

¹⁰ Il ne paraît en revanche pas raisonnable de renvoyer au délai de cinquante ans, prévu par le même article, un tel délai étant démesurément long s'agissant de meubles, parfois assez rapidement périssables, v. *infra*, n° 838 et s.

825. Vers la centralisation de la publicité des sûretés mobilières. Il reste enfin à se prononcer sur la valeur d'un système connaissant des registres distincts pour chaque type de bien grevé. Il faut cependant indiquer d'emblée que la diversité des registres n'a pas la même signification selon que l'on s'intéresse aux sûretés hypothécaires ou non-hypothécaires. Dans la deuxième hypothèse, le pullulement des lieux d'accomplissement des formalités d'opposabilité n'a d'autre justification que le fait d'avoir légiféré sans vision d'ensemble sur la matière, au fur et à mesure de l'apparition de nouveaux biens de valeur. En revanche, la diversité des registres est parfaitement naturelle dans la matière qui nous occupe : s'agissant de biens enregistrés, il est pleinement compréhensible de disposer d'« états civils »¹ distincts selon le bien considéré. Leur existence dépasse le seul droit des sûretés dans la mesure où tous les actes portant sur le bien doivent être inscrits. L'information des tiers cherchant à se renseigner sur l'état d'un bien enregistré précis est alors optimale. En revanche, le point faible du système vient de ce que l'on ne dispose pas actuellement d'un registre recensant l'intégralité des sûretés mobilières qui grèvent le patrimoine d'un débiteur. L'information doit être recherchée parmi tous les registres spéciaux, puis compilée afin de déterminer l'étendue exacte de la surface de crédit du candidat emprunteur.

826. La difficulté identifiée, il devient relativement simple d'y répondre : le droit français gagnerait beaucoup à s'inspirer des modèles étrangers² et à instituer un Fichier National des Garanties Sans Dépossession (FNGSD), librement accessible sur Internet, qui remplacerait le fichier national des gages³. L'inscription des sûretés hypothécaires continuerait à être prise sur

¹ Comp. A. Augier, *Commentaire de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime*, Berger-Levrault et C^{ie}, Paris, 1878, p. 9 : « que l'on conçoive une espèce particulière de meubles aussi facile à individualiser que les immeubles, à laquelle puisse s'adapter un système de publicité aussi complet que pour les immeubles, pourquoi serait-il interdit de la faire participer au bénéfice de l'hypothèque ? Or, tel est le cas des navires ; la loi leur a donné un état civil et un domicile auquel ils restent unis dans le cours même de leurs voyages les plus lointains », ou encore, filant davantage la métaphore, R. Millet, « Etude sur l'hypothèque maritime », *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, fév. 1874, p. 98 : « il y a partout une circonstance qui permet d'asseoir sur les navires un droit de suite et un droit de préférence. Ils ne sont pas des meubles ordinaires. Ils ont chacun leur état civil, ils ont presque une personnalité. L'administration les connaît tous par leur nom, les suit dans toutes les parties du monde, en tient un registre exact. De plus, le navire porte avec lui ce qu'on pourrait nommer son extrait de naissance : c'est le certificat de nationalité ». V. également M. Cabrillac, th. précitée, n° 14, pp. 36-37 : « le navire a une individualité telle qu'on a pu le comparer, non sans quelque lyrisme, à une personne humaine ».

² On peut, tout d'abord, se référer au droit québécois, qui exige l'inscription de toutes les hypothèques et fiducies, ainsi que certaines réserves de propriété, sur le Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM). L'inscription et la consultation du fichier se font par Internet. Sur ce registre et son fonctionnement, v. A. Benadiba, « La publicité des sûretés réelles au Québec : évolution ou mutation ? », *R. du N.*, vol. 116, n° 3, 2014, p. 345 et s., ainsi que L. Payette, *op. cit.*, n° 779 et s., p. 400 et s. On peut également mentionner le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) du droit OHADA, prévu par les art. 51 et s. de l'Acte Uniforme Révisé portant organisation des Sûretés.

³ Sur lequel, v. les art. 9 et s. du décret n° 2006-1804 précité.

les registres spéciaux, leur utilité étant indéniable. On pourrait cependant imaginer une articulation du fichier national et des registres spéciaux en inversant le modèle du Registre du Commerce et des Sociétés¹ : les registres spéciaux transmettraient les informations reçues au greffe du tribunal de commerce du domicile ou du siège social du constituant, le greffier enregistrant alors les informations dans le fichier tenu électroniquement². Le système publicitaire serait alors à double détente : pour connaître l'état des inscriptions grevant un bien enregistré, le créancier devrait consulter le registre spécial ; à l'inverse, lorsqu'un créancier voudrait se renseigner sur l'étendue des garanties que peut lui consentir un débiteur potentiel, il devrait s'orienter vers le fichier national, qui reposerait sur un modèle de publicité personnelle, avec classement des débiteurs par ordre alphabétique³. Idéalement, cette centralisation de l'information devrait s'accompagner d'une extension du champ de la publicité, ainsi que d'une centralisation de l'accomplissement des formalités. Il faudrait alors transformer le registre des gages en un Registre des Garanties Sans Dépossession (RGSD)⁴, sur lequel seraient prises les inscriptions des sûretés aujourd'hui occultes ou inscrites sur d'autres registres, soit les gages spéciaux⁵, les nantissements, les fiducies, les crédits-bails et même, à l'avenir, les clauses de réserve de propriété, une fois que leur nombre aura été réduit du fait du renforcement des prérogatives des titulaires de sûretés préférentielles⁶.

¹ Art. L. 123-6 C. com. et L. 411-1, 2° CPI.

² Pour une idée similaire, v. J.-L. Vallens, « Publicité et information en matière de sûretés », *LPA* 20 sept. 2000, p. 5 et s.

³ La mise en place d'un tel système avait déjà été pensée par Roblot au milieu du siècle dernier, qui militait pour la centralisation de toutes les informations « en une sorte de « casier commercial » qui serait tenu au greffe du tribunal de commerce du domicile ou du siège social : le rapprochement de toutes les sûretés mobilières sans déplacement consenties par un même débiteur pourrait fournir des enseignements précieux sur la situation de ce dernier, même si l'innovation était conçue sous la forme d'une simple coordination laissant subsister tous les modes fragmentaires qui existent actuellement » (« Les sûretés mobilières sans déplacement », art. précité, n° 16, p. 377), idée reprise quelques années plus tard par Ph. Fargeaud, « Le fichier (ou casier) commercial », *RTD Com.* 1965. 1. Plus récemment, v. N. Martial-Braz, « L'opposabilité de la sûreté unique », art. précité, n° 23, ou encore A. Sayag, « Conclusion », in A. Sayag (dir.), *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1992, p. 628 : « il paraît judicieux de proposer en premier lieu le regroupement, en un registre unique des sûretés [...], de tous les registres tenus au greffe. Restent les cas où la localisation extérieure d'un registre spécialisé a une justification pratique solide [...] Encore peut-on imaginer une jonction de ces registres avec les greffes, de telle façon qu'une brève mention, au moins de la prise de garanties, alerte les tiers et leur permette de prendre des renseignements complémentaires ».

⁴ Sur les caractéristiques de ce registre, v. *infra*, n° 849 et s.

⁵ L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant se prononce en ce sens, mais on peut regretter qu'il limite la centralisation aux seuls warrants agricole et pétrolier, gage de stocks, nantissement de parts de sociétés civiles et « nantissement » de matériel et d'outillage.

⁶ En ce sens, P. Crocq, « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective », *RPC* nov.-déc. 2009, dossier 18, n° 28 : « je fais le rêve, en matière de sûretés sur meubles corporels, d'un système de publicité informatique et unifié dont dépendrait l'opposabilité de l'ensemble des sûretés, quelles qu'elles soient, avec une inscription au greffe des tribunaux de commerce, que la sûreté ait une nature civile ou commerciale », ou encore R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre », *RLDC* mai 2008. Les greffiers des tribunaux de commerce eux-mêmes militent, depuis fort longtemps, en faveur d'un tel accroissement de leur rôle, v. not. C. Bravard, « Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières – publicité et prévention », *RPC* nov.-déc. 2009, dossier 19, n° 35 : « nous pensons que [l]e système, aussi performant soit-il, gagnerait encore en efficacité en poursuivant sa rénovation. Deux pistes parmi d'autres nous semblent pouvoir être

827. L'esprit de coopération entre les différentes autorités qui tiennent les registres spéciaux permettrait également de résoudre une autre difficulté, qui concerne l'inclusion de droits de propriété intellectuelle dans l'assiette d'un nantissement de fonds de commerce. Plutôt que d'obliger le créancier nanti à présenter à l'INPI le certificat d'inscription délivré par le greffe du tribunal de commerce pour procéder à une double inscription, ne pourrait-on pas imaginer l'accomplissement de toutes ces formalités directement au greffe¹, qui transmettrait ensuite les informations à l'INPI, sans que le créancier n'ait à subir de délais supplémentaires ou à risquer « *la nullité à l'égard des tiers* » – probablement l'inopposabilité – si la deuxième inscription n'était pas effectuée dans le court délai de quinze jours² ? Un tel mécanisme d'échange d'informations existant déjà à propos du Registre du Commerce et des Sociétés, il ne nous semble pas incongru d'en demander l'extension au registre spécial des nantissements de fonds de commerce. L'inscription auprès du greffe vaudrait opposabilité tant du nantissement de fonds de commerce que du nantissement des droits de propriété intellectuelle, sans faire jouer la rétroactivité de l'inscription qui semble prévaloir actuellement³. Quoi qu'il en soit, que le législateur décide ou non d'harmoniser les situations des différents créanciers, ces derniers sont titulaires de droits de suite parfaits. Il est alors nécessaire de protéger les intérêts des tiers susceptibles d'être poursuivis sur le fondement de l'obligation réelle de garantie par l'organisation d'une procédure de purge.

*explorées avec intérêt [...] généraliser l'inscription et la publicité des sûretés mobilières dans les greffes des tribunaux de commerce. [...] la fiducie, en ce qu'elle constitue une sûreté, doit être portée à la connaissance des tiers. L'article 2020 du Code civil prévoit la constitution d'un registre national des fiducies. La logique commande qu'une publicité plus large que celle initialement prévue soit organisée. Le contrat de fiducie pourrait donc être publié au greffe [...] L'autre piste de réflexion, étroitement liée à la première, vise à repenser l'architecture même des inscriptions au greffe du tribunal de commerce, en substituant à la multiplicité des registres existants [...], un registre centralisé des sûretés mobilières sans exception (la question se poserait peut-être pour le gage du véhicule automobile). Il serait ainsi constitué un registre mobilier, registre central des inscriptions mobilières accessibles à tous selon des procédés qui pourraient être modernisés et normalisés, sur le modèle plusieurs fois évoqué des gages sans dépossession » ; R. De la Haye, « Le greffier du tribunal de commerce dans la vie économique du pays », *RTD Com.* 1954. 61, spé. p. 67, favorable à « cette idée maîtresse qui consisterait à faire du greffe du tribunal de commerce le véritable centre de la publicité légale en matière commerciale » et p. 68, se prononçant pour « une simple coordination centralisée au greffe du tribunal de commerce laissant subsister les modes fragmentaires de publicité existant actuellement ». Adde J. Soinne, « La publicité des garanties financières de l'entreprise : gage d'efficacité ? », *LPA* 26 mai 2005, p. 19 et s.*

¹ V. déjà, militant en faveur d'une inscription unique au greffe du tribunal de commerce, P. Salvage-Gerest, « Le gage des brevets d'invention », *JCP CI* 1978. 12781, n° 22, p. 370.

² Art. L. 143-17 C. com.

³ N. Borga, « Pour un renouveau des garanties conventionnelles sur droits de propriété intellectuelle », art. précité, n° 9, p. 122 : « [l]e délai de quinze jours n'a de sens que dans l'hypothèse d'une inscription complémentaire rétroactive. Dans le cas contraire, aucun délai de ce type ne serait nécessaire puisque, quant au droit de propriété intellectuelle, le nantissement de fonds de commerce serait inopposable » ; G. Loiseau, « Propriétés intellectuelles », étude précitée, n° 242-47 : « le créancier bénéficiant d'un nantissement sur la totalité des éléments d'un fonds prime le créancier nanti sur une propriété intellectuelle particulière dès lors qu'il a inscrit son nantissement au greffe avant que ce dernier n'ait lui-même publié son nantissement spécial, peu importe que l'inscription complémentaire n'ait été effectuée qu'après si elle l'a été dans le délai de quinzaine ».

828. Extension de la procédure de purge. Le droit de suite parfait résultant d'un système de publicité réelle habilite le créancier à agir contre tout tiers acquéreur du bien grevé. Être tenu pour autrui sans y avoir consenti constitue une sujétion lourde, que l'on ne peut imposer aux tiers sans leur donner les moyens de s'en défendre¹. C'est la raison pour laquelle le Code civil prévoit une procédure de purge pour tout tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, dont on sait qu'elle est employée dans la quasi-intégralité des hypothèses². Encore faut-il quelque peu préciser les choses : c'est la procédure de purge amiable qui a les faveurs de la pratique, mécanisme prévu à l'article 2475 du Code civil, par lequel le vendeur, l'acquéreur et les créanciers inscrits se mettent d'accord pour que le prix, versé entre les mains du notaire, serve prioritairement au désintéressement des bénéficiaires de sûretés.

829. La procédure de purge légale, dont le régime est détaillé aux articles 2476 et suivants du même Code, est bien plus lourde, ce qui explique qu'elle soit peu attrayante aux yeux des créanciers. Le tiers acquéreur est ainsi tenu, de manière préventive ou dans le mois qui suit la première sommation de payer, de notifier aux créanciers inscrits sa volonté de faire jouer la procédure de purge, en versant une somme correspondant au prix de vente du bien ou, en l'absence de vente, à la valeur de ce bien³, afin d'éteindre toutes les dettes hypothécaires. Les créanciers disposent alors d'une option : accepter l'offre qui leur est faite s'ils estiment que la somme offerte est suffisamment proche de la valeur effective du bien, auquel cas le tiers acquéreur sera libéré par le paiement des créanciers ou la consignation de la somme⁴ ; si un seul des créanciers estime que l'offre ne correspond pas à la réalité, il peut requérir la mise en vente aux enchères du bien hypothéqué, s'il s'engage à se porter adjudicataire dudit bien en l'absence de surenchérisseurs, pour un montant augmenté du dixième par rapport à la somme initialement offerte⁵. L'idée qui ressort de cet édifice législatif est simple : le droit de suite doit être exercé le moins souvent possible, dans l'intérêt particulier des tiers acquéreurs et l'intérêt général du commerce.

¹ Sans compter que nul n'est prêt à payer deux fois pour acquérir un bien, ce qui freinerait drastiquement la circulation des biens grevés d'hypothèques...

² V. *supra*, n° 372 et s.

³ Art. 2478 et 2479 C. civ.

⁴ Art. 2481 C. civ.

⁵ Art. 2480 C. civ.

830. Il suit de là que des procédures de purge légale ont été prévues dans les régimes spéciaux les plus complets des hypothèques mobilières. L'acquéreur d'un bateau, d'un navire, d'un aéronef, d'un fonds de commerce ou d'un film cinématographique¹ peut ainsi s'opposer aux poursuites des créanciers inscrits en leur offrant le paiement d'une somme plus ou moins équivalente à la valeur du bien grevé. Malgré l'absence de textes en ce sens, il ne fait aucun doute que les parties peuvent s'accorder afin de recourir à une purge amiable, cette pratique ayant été légalement consacrée sur le tard en matière d'hypothèque immobilière. On ne peut alors que déplorer les oublis du législateur, qui n'a pas cru bon d'instaurer une procédure de purge au sein du régime des différents nantissements de droits de propriété intellectuelle, hors nantissement de films cinématographiques.

831. L'existence de droits de suite parfaits postule la possibilité de recourir à la purge amiable, mais cela n'est pas suffisant. En effet, s'agissant d'une procédure amiable, elle ne peut avoir lieu que si toutes les parties y consentent. Un arrêt rendu récemment par la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation est venu rappeler ce principe, affirmant que « *la purge amiable, qui permet aux créanciers inscrits d'exercer leur droit de préférence sur le prix de vente, est une procédure facultative qui nécessite l'accord du vendeur sans qu'il soit tenu d'y consentir* »². En l'espèce, le refus du vendeur de signer l'acte authentique prévoyant la mainlevée de l'hypothèque contre remise d'une partie du prix au créancier inscrit était parfaitement légitime. Cette décision démontre l'intérêt éminent qui s'attache à l'organisation d'un mécanisme de purge légale : contrairement à la purge amiable, cette procédure n'a rien de facultatif pour le vendeur. Elle s'impose à lui sans qu'il n'ait à y consentir. Elle peut donc servir de moyen de pression pour pousser le vendeur ou les créanciers inscrits à donner leur accord à la purge amiable, dans la mesure où, si l'offre transmise par le tiers acquéreur aux créanciers inscrits est proche de la valeur véritable du bien grevé, ils n'ont aucun intérêt à s'opposer à une procédure plus rapide que la purge légale et qui conduirait au même résultat³, sauf, évidemment,

¹ V., respectivement, les art. R. 4122-7 et s. C. transports, 21 et s. du décret n° 67-967 du 27 octobre 1967 relatif au statut des navires et autres bâtiments de mer, R. 122-3 du Code de l'aviation civile, R. 143-1 et s. C. com. et, enfin, L. 124-4 C. cinéma.

² Civ. 3^e, 5 mars 2020, n° 19-10398 ; *Defrénois* avril 2020, p. 23 et s., obs. C. Gijssbers.

³ L'existence d'une procédure de purge permettrait également d'écarter définitivement l'idée d'un droit de rétention fictif au profit du créancier nanti sur les droits d'exploitation d'un logiciel, tant l'existence de cette procédure est incompatible avec l'octroi d'une telle prérogative, v. *supra*, n° 811 et s. V., déjà, I. Gavanon, « Le nantissement de logiciel dans la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une sûreté version bêta », art. précité, n° 26..

contestation relative à l'existence même de la dette garantie¹. En l'état actuel des choses, le vendeur d'un droit de propriété intellectuelle grevé d'hypothèque – hors film cinématographique – peut s'opposer à la remise de tout ou partie du prix de vente du bien au créancier inscrit et percevoir directement la somme d'argent, ce qui est source de désagréments, coûts et délais pour toutes les parties à l'opération². Une harmonisation serait là aussi souhaitable, par l'édiction de textes spéciaux prévoyant expressément des procédures de purge adaptées aux droits de propriété intellectuelle³. Ainsi, les vides juridiques des différents nantissements de droits de propriété intellectuelle seraient comblés, et l'unité de la notion d'hypothèque réalisée autour du triptyque publicité complète – droit de suite virtuellement illimité – organisation d'une purge légale. Les contours du droit commun hypothécaire seront définitivement fixés une fois les prérogatives du créancier précisées.

B) Harmonisation des prérogatives du bénéficiaire

832. Physionomie de l'obligation de conservation. Le constituant d'une sûreté hypothécaire est tenu, conformément aux principes fondamentaux du droit des sûretés réelles, d'une obligation de conservation⁴. Le pouvoir de disposition du constituant se trouve donc partiellement limité par la constitution d'une sûreté hypothécaire : c'est ainsi que, pour prendre un exemple extrême, la loi oblige le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle nanti à consulter le bénéficiaire de la sûreté avant de formuler une demande de renonciation à son droit⁵. Si ce dernier s'estime suffisamment couvert, il y consentira. Dans le cas contraire, le

¹ V. C. Gijssbers, obs. précitées, n° 3, proposant un moyen terme entre la purge amiable et la purge légale dans une telle hypothèse, par la consignation des fonds litigieux, accompagnée d'un accord de mainlevée des créanciers inscrits.

² Le raisonnement vaut également à propos du gage sans dépossession du Code civil, conférant aux termes de l'art. 2337, al. 3 C. civ. un droit de suite limité aux ayants cause du constituant. Pour faciliter la circulation de biens grevés de gages sans dépossession, il faudrait donc prévoir une procédure de purge légale inspirée du droit hypothécaire, avec les adaptations qu'implique la limitation de la portée du droit de poursuite du créancier. Le texte devrait ainsi uniquement mentionner « *l'ayant cause du constituant* », et non « *le nouveau propriétaire* » ou « *l'acquéreur ou le donataire* ». De même, la désignation du bien grevé devrait obéir à des prescriptions plus souples que celles de l'art. 2478 C. civ. En ce sens, Ph. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et Patr.* avril 2012 : « *pour que le système fonctionne aisément, il faudrait répliquer celui qui prévaut en matière immobilière* ».

³ Tout acquéreur pourrait ainsi notifier sa volonté d'offrir le prix aux créanciers en échange de l'extinction du droit de suite. En cas d'acceptation de l'offre, les créanciers verraient alors leurs droits reportés sur le prix payé ou consigné. En cas de refus d'un seul des créanciers, il faudrait alors passer à la procédure de vente aux enchères, avec surenchère du dixième de la part du créancier refusant.

⁴ V. *supra*, n° 341 et s.

⁵ V., par ex., l'art. R. 613-45, 4° CPI en matière de nantissement de brevet.

constituant ne pourrait poursuivre ses démarches, sauf à faire face à la sanction bien connue de la déchéance du terme^{1/2}. En revanche, il demeure libre de céder le bien grevé. En principe, la sûreté ne rend pas indisponibles les biens composant son assiette³ et l'existence d'un droit de suite parfait protège les intérêts du créancier en lui permettant d'agir contre tout acquéreur.

833. L'obligation de conservation présente toutefois une physionomie particulière dans le domaine des sûretés hypothécaires en raison des caractéristiques propres aux biens grevés. En effet, tant les moyens de transport, dans la plupart des hypothèses, que les fonds d'exploitation ou les droits de propriété intellectuelle constituent des « biens dynamiques », dont la valeur dépend de l'exploitation qui en est faite. L'obligation de conservation adopte alors les traits d'une obligation d'exploitation, ce qui signifie que le bien grevé d'une sûreté hypothécaire doit être utilisé par le constituant dans le cadre de son activité commerciale dans le but d'éviter son dépérissement. Il faut bien mesurer la portée de cette affirmation : il ne va pas s'agir, pour le créancier, de s'immiscer dans les affaires du constituant afin de formuler un jugement de valeur sur les modalités d'exploitation des biens composant l'assiette de la sûreté. La loi impose uniquement au constituant de se comporter en personne raisonnable, sans avoir à apporter plus de soin à son activité que si le bien n'était pas grevé⁴. Cela se comprend bien : la valeur du fonds de commerce reposant en grande partie sur sa clientèle, quel serait l'intérêt d'une sûreté ayant pour assiette un fonds mal achalandé du fait de la négligence du constituant ?

834. L'obligation d'exploitation est commandée par un intérêt encore plus impérieux dans le domaine de la propriété intellectuelle, plusieurs textes posant le principe de la déchéance du monopole d'exploitation du titulaire d'un brevet ou d'une marque qui les laisse en déshérence pendant un certain laps de temps⁵. Faute d'exclusivité, ces droits perdent une grande

¹ V. *supra*, n° 345 et s.

² On peut également citer l'interdiction formulée à l'encontre du constituant d'une hypothèque maritime de participer à « toute opération volontaire qui entraîne la perte de la francisation d'un bâtiment grevé d'une hypothèque », sanctionnée notamment par la nullité de la vente et l'application des peines de l'abus de confiance (art. 251 C. douanes), sur laquelle v. Ph. Delebecque, *Droit maritime*, Précis Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 212, p. 173 et s.

³ L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose ainsi, dans son art. 2325, d'inscrire un principe voulant que « *sauf si la loi ou la convention en dispose autrement, la sûreté réelle ne rend pas indisponible le bien qui en forme l'objet* ».

⁴ La formule retenue par M. Vivant nous paraît parfaitement adaptée à la situation : « *plutôt que de dire que l'obligation de conservation entraîne une obligation d'exploitation, nous serions enclins à dire que cette obligation de conservation implique une exploitation pour autant que cela est de nature à éviter un dépérissement du gage au sens du Code civil* » (« L'immatériel en sûreté », art. précité, n° 15.2, p. 418).

⁵ V. les art. L. 613-11 et L. 714-5 CPI.

partie de leur valeur. Enfin, toujours dans le domaine de la propriété intellectuelle, il semble parfaitement naturel d'imposer au constituant d'agir en contrefaçon afin d'éviter que le droit hypothéqué ne voie sa valeur diminuer du fait de son usage illicite. Ces solutions découlent de l'existence même d'une obligation de conservation à la charge du constituant et ne nécessitent pas de consécration dans un texte exprès¹. Il revient à la jurisprudence d'adapter le sens du texte général à la situation des biens dynamiques. En revanche, un véritable débat doctrinal est nécessaire quant à la détermination des différentes options offertes au créancier pour la réalisation de sa sûreté.

835. Option entre réalisation « classique » et propriété-réalisation. En principe, tout titulaire d'une sûreté conventionnelle dispose d'une option entre la réalisation par la voie des procédures civiles d'exécution classiques et l'attribution en propriété du bien grevé, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle². Il est certain que le titulaire d'une sûreté hypothécaire peut recourir aux voies d'exécution classiques, ce qui découle de sa qualité de créancier³. Les textes du Code des transports, du Code des douanes, du Code de l'aviation civile et du Code de commerce prévoient la possibilité de vendre le bien grevé aux enchères, certains renvoyant au

¹ V. C. Albigès, « L'obligation d'exploiter un bien », art. précité, n° 29, affirmant que le nantissement d'un bien incorporel dynamique « permet au propriétaire-débiteur de conserver la possession du bien afin qu'il puisse maintenir son exploitation. Les intérêts de ce créancier sont sauvegardés car il est en droit d'exiger de ce débiteur qu'il conserve le bien sans en compromettre sa valeur, ce même débiteur étant tenu d'exploiter le bien pour préserver l'assiette de la sûreté et éviter tout déperissement du gage convenu. Le respect de cette obligation constitue l'un des effets immédiats de la souscription de la sûreté afin de garantir le maintien de la valeur économique des propriétés incorporelles en général et des fonds de commerce en particulier » ; A. Lucas, « Nantissement du droit d'exploitation de logiciel (CPI, art. L. 132-34) », art. précité, n° 20 ; C. Souweine et A. Favreau, « Nantissement et saisie de brevets », fasc. précité, n° 62 et s. ; M. Vivant, « L'immatériel en sûreté », art. précité, n° 14 et s., p. 416 et s. Comp., estimant que les parties ont intérêt à prévoir l'existence de ces obligations dans leur convention, I. Gavanon, « Le nantissement de logiciel dans la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une sûreté version bêta », art. précité, n° 14 et s. : « l'obligation de conservation est une obligation fondamentale du régime du gage : elle maintient la valeur économique du bien gagé et de cette valeur "dépend toute la force de la garantie". Dès lors, les parties seront vigilantes et combleront le silence du législateur dans leur convention afin de définir le contenu de cette obligation ».

² V. *supra*, n° 608 et s.

³ Le rang du droit de préférence octroyé au créancier hypothécaire est fixé par les textes qui définissent le régime de la sûreté lorsque les biens grevés sont des moyens de transport (v., par ex., Com., 3 février 1998, *Bull. civ. IV*, n° 59, p. 46 [n° 95-18690]) mais, dans les autres hypothèses, s'agissant d'un droit de préférence portant sur un meuble, les solutions doivent être fixées par référence au régime du gage. Les sûretés sur fonds d'exploitation et sur droits de propriété intellectuelle sont donc appelées à conférer un droit de préférence de deuxième rang en cas de conflit entre privilèges spéciaux (v. l'art. 2332 C. civ. ainsi que l'art. 2332-4 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant, le deuxième texte indiquant que seul le privilège du conservateur peut primer le droit de préférence du gagiste). Ce droit de préférence prime toujours les privilèges généraux du Code civil (pour un exemple en matière de nantissement de fonds de commerce, v. Com., 25 octobre 1976, *Bull. civ. IV*, 267, p. 226 [n° 75-10654]). En revanche, l'intégralité des privilèges institués par le droit des procédures collectives priment, en toute hypothèse, le droit de préférence conféré par une hypothèque mobilière, seules les sûretés immobilières voyant leur traitement amélioré en liquidation par l'art. L. 641-13 C. com. On peut ainsi affirmer que cette forme de garantie constitue bel et bien une « hypothèque [très occasionnellement] *mâtinée de gage* » (T. Hassler, obs. sous T. com Paris, 15^e Chambre, 1^{er} décembre 1995, *D.* 1997. somm. 89).

régime de la vente immobilière quant au déroulement des enchères¹, d'autres instituant une procédure propre, qu'il convient de laisser en l'état². L'harmonisation poussée à l'extrême n'aurait pas de sens, tant les modalités de vente forcée sont dans la dépendance des caractéristiques des biens grevés. Le Code de la Propriété Intellectuelle ne prévoyant rien sur ce point – ou si peu³... –, la vente forcée ne peut s'effectuer que dans les conditions prévues par le Code des procédures civiles d'exécution, siège du droit commun de l'exécution forcée. En effet, tant la Cour de cassation que la Cour d'appel de Paris⁴ se sont prononcées en faveur de la transposition du régime des saisies de droits d'associés et de valeurs mobilières aux procédures d'exécution forcée sur meubles incorporels dont le régime ne comprend pas de dispositions spécifiques sur ce point. Ce renvoi permet de trancher une deuxième question : comme en droit commun de l'exécution forcée, le constituant d'une hypothèque mobilière dispose d'une faculté de vente amiable du bien grevé, la vente forcée aux enchères ne pouvant intervenir que dans un second temps⁵. Là encore, il ne s'agit que de l'application du droit commun de l'exécution forcée, qui mérite cependant d'être rappelée tant la rédaction des textes du Code de la propriété intellectuelle est lacunaire. En revanche, la possibilité pour les bénéficiaires de sûretés hypothécaires de demander l'attribution de la propriété des biens grevés est plus âprement discutée.

836. Le débat vient de ce que les textes sont très majoritairement muets sur la question, à l'exception du régime du nantissement de fonds de commerce. La première disposition qui lui est consacrée, l'article L. 142-1 du Code de commerce, prive ainsi le créancier nanti de sa faculté d'attribution judiciaire dans son second alinéa. Une question doit alors être tranchée : doit-on estimer que cette éviction est due aux particularités du fonds de commerce ? Dans ce cas, le droit commun des sûretés réelles devrait s'appliquer à toutes les autres hypothèques

¹ V., pour la vente aux enchères des bateaux et navires, les art. R. 4123-12 et R. 5114-33 C. transports.

² V. les art. R. 123-1 et s. du Code de l'aviation civile, ainsi que L. 143-3 et s. C. com. (fonds de commerce).

³ L'art. L. 613-21 CPI, qui dispose que « la saisie d'un brevet est effectuée par acte extra-judiciaire signifié au propriétaire du brevet, à l'Institut national de la propriété industrielle ainsi qu'aux personnes possédant des droits sur le brevet ; elle rend inopposable au créancier saisissant toute modification ultérieure des droits attachés au brevet. A peine de nullité de la saisie, le créancier saisissant doit, dans le délai prescrit, se pourvoir devant le tribunal, en validité de la saisie et aux fins de mise en vente du brevet », est ainsi le seul texte de ce Code consacré à l'exécution sur brevets. La saisie d'un brevet est donc agencée sur le modèle de l'ancienne saisie-arrêt, v. C. Souweine et A. Favreau, « Nantissement et saisie de brevets », fasc. précité, n° 105.

⁴ C. cass, avis du 8 février 1999, n° 98-00015 ; CA Paris, 8 mars 2001, n° 2000/13688.

⁵ V. l'art. R. 233-5 CPCE, renvoyant aux textes relatifs à la vente amiable de meubles corporels, les art. R. 221-30 et s. du même Code. En un sens similaire, C. Hugon, « La réalisation forcée des propriétés intellectuelles en droit français », art. précité, p. 437 et s.

mobilières. Ou bien faut-il raisonner par analogie avec cette disposition et considérer qu'il s'agit du droit commun de cette famille de sûretés, qui entre en opposition avec le droit commun à toutes les sûretés conventionnelles ? Les auteurs favorables à la première solution sont majoritaires¹, bien qu'une partie de la doctrine maintienne son opposition à la généralisation de l'attribution judiciaire². Un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, rendu le 13 février 1996, incite à rejoindre l'interprétation majoritaire, dans la mesure où il se prononce, malgré l'absence de disposition légale sur ce point, en faveur de l'attribution judiciaire d'une marque³.

837. Il semble toutefois possible d'aller encore plus loin lorsque l'on examine les motifs qui ont présidé à l'exclusion de la faculté d'attribution judiciaire du nantissement de fonds de commerce en 1909. Les rédacteurs de la loi, fortement inspirés par les « Pères fondateurs » du Code civil, indiquent très explicitement que la faculté d'attribution était prévue dans le gage pour faciliter la réalisation d'une sûreté portant sur des biens de faible valeur – *res mobilis, res vilis*⁴... Par conséquent, elle ne devait pas être permise pour les biens de grande valeur, essentiellement eu égard au risque de spoliation du constituant⁵. Au vu de ces considérations, il nous semble non seulement que, toutes les fois qu'un texte exprès ne l'exclut pas, la faculté

¹ V., entre autres, G. Loiseau, « Propriétés intellectuelles », étude précitée, n° 242-57 ; A. Lucas, « Nantissement du droit d'exploitation de logiciel (CPI, fasc. L. 132-34) », fasc. précité, n° 24 ; N. Martial, th. précitée, n° 275 et s., p. 181 et s., ainsi que n° 561 et s., p. 368 et s. ; C. Souweine et A. Favreau, « Nantissement et saisie de brevets », fasc. précité, n° 74 et s. ; M. Vivant, « L'immatériel en sûreté », art. précité, n° 18, p. 420 et s.

² V., très dubitatifs, J.-P. Le Gall et F. Chanel, « Sûretés sur aéronefs – Publicité et extinction », *J.-Cl Transport*, fasc. 955, déc. 2011, n° 34.

³ CA Montpellier, 2^e Chambre, 13 février 1996, n° 94/6430. Il est cependant à noter que dans la présente affaire, l'attribution judiciaire avait été admise en liquidation judiciaire sur le fondement de la qualification de gage de la sûreté portant sur une marque. S'agissant en réalité d'une hypothèque, le recours à l'attribution du bien en pleine propriété ne devrait désormais être admis qu'hors du droit des procédures collectives en raison de l'application littérale des textes du Code de commerce, v. *supra*, n° 755.

⁴ V. le discours prononcé par le tribun Gary devant le Corps Législatif, in P.-A. Fenet, *op. cit.*, p. 217 : « le second droit du créancier consiste à faire ordonner en justice, s'il n'est pas payé, que la chose mise en gage lui demeurera en paiement jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, d'après une estimation faite par experts, ou qu'elle sera vendue aux enchères. Si le gage est d'une valeur si modique qu'elle doive être absorbée par les frais d'une vente aux enchères, les juges se contenteront d'ordonner l'estimation ».

⁵ V. la présentation de la proposition de loi par le Sénateur Cordelet, in A. Bernus, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce – Documents et débats parlementaires*, Rey et C^{ie}, Lyon, 1909, n° 62, p. 63, ainsi que son rapport effectué au nom de la Commission chargée d'examiner sa proposition de loi, n° 141, p. 112 et s. : « nous avons cru devoir apporter, en ce qui concerne le nantissement des fonds de commerce, une dérogation à la disposition du premier paragraphe de l'article 2078 du Code civil, d'après laquelle le créancier peut faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, suivant une estimation par experts. Si cette disposition peut se comprendre lorsqu'il s'agit d'un gage de peu d'importance, en la possession du créancier et dont il est facile d'apprécier la valeur, il n'en est pas de même d'un fonds de commerce dont la valeur peut être considérable et dont l'attribution au créancier gagiste après expertise ne présente pas, pour les divers intérêts en cause, autant de garantie que la vente aux enchères publiques ». Rapp. G. Amlon, « L'attribution judiciaire du gage en cas de procédures collectives », *JCP N* 1991. 100653, n° 21, estimant que « c'est sans doute dans la difficulté d'évaluer le fonds, et dans la volonté du législateur d'éviter l'absence de mise en valeur ou la mauvaise exploitation qui pourrait résulter de dations en paiement systématiques, qu'il faut rechercher les raisons de cette interdiction ».

d'attribution judiciaire doit être offerte au titulaire d'une hypothèque mobilière¹, mais encore que cette prohibition est totalement obsolète dans le régime du nantissement de fonds de commerce. Un créancier hypothécaire peut désormais se faire attribuer la propriété de l'immeuble affecté en garantie et l'on sait que cette procédure obéit au droit commun de l'exécution forcée, l'expertise obligatoire de la valeur du bien et l'impérativité de la restitution du trop-perçu garantissant en outre le constituant contre l'avidité du créancier². Par conséquent, le droit commun des sûretés réelles, c'est-à-dire l'option entre vente forcée en justice et attribution de la propriété du bien, devrait s'appliquer sans heurts aux hypothèques mobilières. Les particularités de ces biens appellent toutefois d'autres développements, tant les exemples du nantissement de films cinématographiques et des systèmes étrangers semblent militer en faveur d'un panel élargi de modes de réalisation de ces sûretés.

838. Vers une généralisation de la « délégation de recettes » ? Il ne faut en effet pas oublier que les biens susceptibles d'être grevés d'hypothèques sont, dans leur grande majorité, des biens frugifères³. Le législateur en a tiré une conséquence exceptionnelle au sein du régime du nantissement de films cinématographiques, étant donné que l'article L. 124-2 du Code du cinéma et de l'image animée prévoit que le créancier nanti « *encaisse seul et directement [...], à concurrence de ses droits et suivant l'ordre de son inscription, le montant des produits de l'œuvre cinématographique ou audiovisuelle* ». Cette sûreté est donc l'une des deux seules, avec le gage immobilier, à investir son bénéficiaire du droit de tirer parti des utilités du bien affecté à la garantie de sa créance en appréhendant tout ou partie des revenus produits par celui-ci⁴. Un tel avantage peut également être octroyé aux bénéficiaires d'autres sûretés, mais cela suppose alors un montage cumulant la conclusion de la sûreté puis la mise en place d'une cession des revenus du bien, situation bien connue en matière d'hypothèque immobilière suivie d'une cession de loyers. La différence éminente entre les deux hypothèses consiste en ce que le droit

¹ En un sens similaire, J.-P. Stenger, « Le gage des droits de propriété intellectuelle », *Revue du droit de la propriété intellectuelle*, 1995, p. 15 : « aucune disposition du code de la propriété intellectuelle n'impose la saisie préalable, de sorte que le créancier gagiste peut aussi faire ordonner par un tribunal que le brevet, la marque, etc. qu'il a en gage lui soit attribué en propriété après une estimation faite par experts ».

² Sur tous ces points, v. *supra*, n° 624 et s.

³ V., insistant sur cette caractéristique à propos des moyens de transport servant à une exploitation commerciale, P. Lamoureux, « La garantie offerte par l'hypothèque sur les navires, les bateaux et les aéronefs », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 297 : « le bateau, le navire et l'avion sont des biens de production, dont la valeur varie par conséquent avec le prix du service rendu ». Les développements suivants ne s'appliquent donc pas aux bateaux ou navires de plaisance, ni à l'aviation légère.

⁴ V., *supra*, n° 170 et s.

aux revenus est intégré dans l'architecture même du nantissement de films cinématographiques, les parties devant alors stipuler une clause expresse si elles souhaitent l'écarter ! L'intérêt de cette action directe¹ paraît grand, tant et si bien que l'on en vient à se demander si elle ne pourrait pas être étendue au-delà des limites de cette sûreté, au bénéfice de tous les créanciers hypothécaires².

839. Il nous semble que la réponse devrait être négative. En effet, il ne faut pas occulter la particularité des sûretés permettant au créancier de se rembourser au fur et à mesure de la perception des revenus du bien grevé au cours de la période conservatoire : héritage de l'Histoire pour le gage immobilier, elle est profondément liée aux caractéristiques du film cinématographique dans la situation qui nous occupe³. Ce dernier est un bien éphémère, exploité un bref laps de temps dans les salles de cinéma puis, plus tard, sur Internet via les sites de *streaming* et de vidéo à la demande et, enfin, par la vente de DVD. Sa valeur diminue donc drastiquement avec le temps, ce qui prive de tout intérêt la réalisation classique de la sûreté par la vente forcée ou l'attribution de la propriété du film⁴. Pour que la garantie soit attractive, il fallait que les produits de l'exploitation du film constituent son objet véritable⁵, ce qui explique

¹ Si la qualification de « délégation de recettes » est évidemment erronée, dans la mesure où le consentement du débiteur des recettes n'est pas une condition nécessaire à l'acquisition du droit du créancier, il n'en demeure pas moins que la découverte de l'institution qui se cache derrière cette locution n'est pas chose aisée. Si l'on décide d'écarter également celle de cession, en raison de la présence des deux termes « délégation » et « cession » dans l'art. L. 123-1, 3° C. cinéma, il faut opter pour la qualification d'action directe, majoritairement retenue en doctrine, v. M. Cabrillac et S. Cabrillac, « Gage – Formes particulières de nantissement commercial », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 398, avril 2011, n° 62 ; N. Martial, th. précitée, n° 532, p. 346 ; J. Patarin, « Le nantissement sur les films cinématographiques (Loi du 22 février 1944) », art. précité, n° 46 et s., p. 383 et s.. Elle doit nécessairement être rangée dans la catégorie des actions directes imparfaites, d'autres créanciers pouvant y faire opposition (art. L. 124-2 C. cinéma). Comp. toutefois, opposé à cette qualification en raison de l'existence potentielle d'un conflit entre le bénéficiaire de la « délégation » de recettes et les autres créanciers du constituant, C. Jamin, *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 215, 1991, n° 144, pp. 114-115.

² Comp. toutefois C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018, n° 390, pp. 397-398, estimant que la « délégation de recettes » pourrait être supprimée maintenant que le nantissement de créance, de constitution simple et présentant une efficacité redoutable, permet d'affecter en garantie les produits de l'exploitation de tout bien frugifère.

³ Rapp. D. Delaval, « Le contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels », art. précité, p. 5, s'appuyant sur les modalités de distribution des droits d'exploitation des logiciels, très éloignées de celles des films cinématographiques, afin de justifier l'exclusion des produits du champ d'application du nantissement de droit d'exploitation des logiciels.

⁴ V., de manière générale dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, N. Martial, « La conjugaison du droit des sûretés réelles au temps des propriétés intellectuelles », art. précité, n° 8 et s.

⁵ N. Martial-Braz, « Garanties et financement des films : un jour sans fin... », art. précité, n° 11, p. 298 : « *La garantie permet [...] de n'utiliser que la valeur du bien et non le bien lui-même* » ; K. Pham et S. Davy, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *Gaz. Pal.* 10 mai 2005, p. 26 et s. : « *la délégation de recettes est une dérogation au droit commun des sûretés, et n'a pas été retenue pour d'autres sûretés conventionnelles sur meubles incorporels (brevets, logiciels...) car « l'objet de la sûreté n'est pas une propriété intellectuelle mais une créance », comme l'indique clairement C. Lisanti- Kalczyński. Elle se justifie dans le cas du secteur cinématographique, qui est une économie d'anticipation de recettes et de faibles fonds propres, dans laquelle l'apporteur de trésorerie doit être en mesure de se rembourser sur les recettes lorsqu'elles sont là* ». Le droit des sûretés et le droit des procédures civiles d'exécution se rejoignent une fois de plus, ce deuxième corps de règles ne prévoyant que la saisie des

que les parties soient également libres de renoncer à la conclusion du nantissement pour se contenter d'une cession des recettes à titre de garantie¹. La vente forcée du film cinématographique ne constitue alors qu'un mode très marginal de réalisation de la sûreté. De plus, il nous paraît économiquement inadapté de généraliser une technique permettant au créancier, avant l'échéance de sa créance, d'appréhender les fonds qui devraient normalement revenir au constituant, libre de les employer dans le cadre de son activité. L'intérêt des hypothèques serait singulièrement réduit si le constituant était autorisé à conserver son bien en étant systématiquement privé de ses revenus²... Mis à part la situation des autres droits de propriété intellectuelle, qui sont également périssables³, quoique moins rapidement, il serait regrettable d'étendre la faculté de perception des revenus avant l'échéance de la créance garantie à toutes les hypothèques⁴. En revanche, cette faculté devrait être développée une fois la créance garantie parvenue à son échéance.

840. Faveur pour la généralisation de la location forcée. Tant le droit québécois que le droit belge et les recommandations de la CNUDCI plaident en faveur de la location forcée du bien hypothéqué comme mode alternatif de réalisation de la sûreté⁵. Comme au Québec, cette possibilité ne concernerait que des biens frugifères utilisés à des fins professionnelles⁶.

produits d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique, et non la saisie des droits eux-mêmes, selon les art. L. 333-1 et 332-2 CPCE. Le droit d'auteur ne faisant l'objet d'aucun enregistrement, hors films cinématographiques et logiciels, l'opposabilité de sa saisie paraîtrait complexe à organiser, v. C. Hugon, « La réalisation forcée des propriétés intellectuelles en droit français », art. précité, p. 434 et s.

¹ Art. L. 123-1, 3^o C. cinéma. Toutefois, pour renforcer sa protection, le créancier pourrait demander au constituant de remettre les négatifs entre les mains d'un laboratoire spécialisé le détenant *corpore alieno*, afin de bénéficier d'un droit de rétention conventionnel, v. G. Loiseau, « Le nantissement de films cinématographiques », *Dr. et Patr.* juill. 2002, ainsi que K. Pham et S. Davy, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », art. précité.

² Rappr. N. Martial-Braz, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », art. précité, n^o 5 : « la valorisation de ces biens d'exploitation est le plus souvent indirecte. Elle réside, d'une part, non pas tant dans le bien lui-même, que dans les revenus d'exploitation du bien incorporel ».

³ Sur la question spécifique du nantissement de droit d'exploitation des logiciels, regrettant l'inexistence d'une disposition similaire, v. I. Gavanon, « Le nantissement de logiciel dans la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une sûreté version bêta », art. précité, n^o 7. V. également G. Loiseau, « Propriétés intellectuelles », étude précitée, n^o 242-79.

⁴ V. toutefois, insistant sur le dépérissement rapide des navires, ce qui rendrait l'hypothèque peu attractive, O. Cachard, « Les garanties du financement des navires : crédit réel et crédit personnel », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, n^o 32, p. 70.

⁵ V. les art. 2773 et s. C. c. Q., l'art. 47 de la loi belge du 11 juillet 2013, ou encore les recommandations 148 et s. du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties ainsi que les art. 78 et 79 de sa Loi-type sur les sûretés mobilières. Nous proposons de recourir à ce mode de réalisation uniquement en matière de sûretés hypothécaires car tous les biens susceptibles d'hypothèques sont frugifères et peuvent être exploités de manière autonome. A l'inverse, comment tirer profit de la location d'un stock isolé ? Ou d'une machine faisant partie d'un fonds de commerce, sans que les autres éléments composant l'universalité ne soient également loués ? Par ailleurs, on voit mal comment les actifs financiers se prêteraient à une opération de location. Le droit d'Alsace-Moselle se prononce également en ce sens, lequel réserve la procédure civile d'exécution qu'est l'administration forcée d'un bien du débiteur aux seuls immeubles et assimilés, v. E. Sander, « Administration forcée des immeubles en Alsace-Moselle », *J.-Cl. Alsace-Moselle*, fasc. 627, avril 2008, n^o 2.

⁶ Art. 2773 C. c. Q.

S'agissant d'une mesure mise en œuvre après la défaillance du débiteur, on a pu estimer qu'elle risquait de subir la concurrence de la saisie-attribution exercée à l'encontre des débiteurs du débiteur¹. Il nous semble qu'il n'en est rien : il ne s'agirait pas seulement de permettre au créancier d'appréhender les revenus de l'activité professionnelle du débiteur, mais encore de lui octroyer les pleins pouvoirs d'administration², et notamment celui de déléguer la gestion du bien grevé à un tiers, par la mise du fonds d'exploitation en location-gérance ou la concession de licences non-exclusives sur les droits de propriété intellectuelle hypothéqués. Cette situation n'est pas très éloignée d'un mandat d'intérêt commun, le constituant autorisant le bénéficiaire de la sûreté à exploiter les biens grevés à sa place et dans l'intérêt des deux parties³. Le créancier serait en effet forcé d'imputer les fonds perçus sur le montant de sa créance, ce qui conduirait à une extinction graduelle de la dette.

841. Il faut également relever que la location forcée est dépourvue des inconvénients majeurs de l'attribution du bien grevé en propriété. D'une part, elle est fondamentalement temporaire, étant donné que le bien a vocation à retourner sous l'emprise du constituant une fois la créance garantie intégralement payée, ce qui évite par là même au créancier de devenir propriétaire du bien. D'autre part, elle permettrait un aménagement plus harmonieux des droits de créanciers de rangs différents⁴. En effet, si le créancier de deuxième rang voit sa créance arriver à échéance en premier, la coordination de ses droits avec ceux du créancier de premier rang est délicate dans le cadre de l'attribution du bien en propriété. Les choses pourraient être plus simples si ce créancier second en rang pouvait obtenir la location forcée du bien dans le laps de temps qui sépare l'exigibilité de sa créance de celle de son concurrent, en lui évitant d'avoir à le payer directement ou à consigner une somme d'argent pour réaliser sa sûreté⁵. A l'échéance de la deuxième créance, le créancier de rang supérieur pourrait faire valoir ses droits et vendre le bien, en obtenir la propriété ou procéder lui-même à sa location forcée. En cas de

¹ M. Julienne, « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », *RDC* déc. 2014, p. 656 et s., n° 18 ; E. Sander, « Administration forcée des immeubles en Alsace-Moselle », fasc. précité, n° 3.

² L. Payette, *op. cit.*, n° 1883 et s., p. 1013 et s. Ce mode de réalisation paraît particulièrement intéressant en matière de biens hypothéqués, étant donné que leur valeur dépend de l'exploitation que l'on en fait. Le débiteur étant défaillant, l'on peut présumer que sa gestion n'a pas été idéale. Un créancier averti pourrait administrer les affaires du débiteur de manière plus efficace, qu'il soit seul ou grâce à l'aide d'un tiers.

³ Ce qui se manifeste notamment en droit québécois par l'obligation faite au créancier de rendre des comptes à son débiteur à la fin de l'opération, ainsi que l'indique l'art. 2776 C. c. Q.

⁴ Sur les problèmes actuellement posés par la pluralité de créanciers en cas d'attribution du bien grevé, v. *supra*, n° 636.

⁵ Cette location forcée devrait nécessairement être précédée d'une notification à tous les créanciers inscrits, v. *ibid.*

mutation, le trop-perçu du créancier de premier rang serait ensuite reversé au créancier de second rang, déjà partiellement désintéressé par la perception des revenus du bien grevé, ce qui est de nature à renforcer considérablement sa situation.

842. Il faut bien noter que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, notamment eu égard au droit de suite virtuellement illimité octroyé au créancier, les hypothèques mobilières ne sont pas de très bonnes sûretés. La valeur de leur assiette dépendant de l'exploitation qu'en fait le constituant, sa défaillance postule la faible efficacité de la garantie... du moins si l'on s'en tient aux modes classiques de réalisation. Il est fréquemment constaté que les hypothèques sur moyens de transport sont concurrencées par le crédit-bail¹, que le nantissement de fonds d'exploitation ne constitue qu'une soupape de sécurité activée machinalement, sans grand espoir², ou que les ressources économiques contenues dans les droits de propriété intellectuelle sont sous-exploitées³. Les créanciers hypothécaires devraient donc disposer d'une option à trois branches en cas de défaillance du débiteur à l'échéance : la vente forcée, l'attribution en propriété ou la location forcée, en espérant que cette dernière prérogative renforce l'attractivité de ces garanties. L'élargissement du nombre de modes de réalisation des sûretés hypothécaires devrait alors être indiquée par un alinéa supplémentaire s'ajoutant à l'article du Code civil prévoyant, en faveur de tout titulaire d'une sûreté, l'option entre vente forcée et attribution de la propriété du bien. Cet alinéa poserait le principe que « *Le créancier hypothécaire peut également opter pour la location forcée du bien, soit par lui-même, soit par un tiers, lorsque la sûreté est consentie à des fins professionnelles. Il est alors tenu d'imputer les revenus produits par le bien sur le montant de sa créance jusqu'à son extinction. La location forcée prend fin par la mainlevée donnée par le créancier* ».

¹ Ph. Delebecque, « Hypothèque maritime », *J.-Cl. Transport*, fasc. 1095, juill. 2009, n° 4 : « depuis quelques années cependant, l'hypothèque maritime amorce un certain déclin en ce sens qu'elle souffre toujours de la comparaison avec les sûretés étrangères et notamment le mortgage dont le dénouement est plus simple et plus rapide et commence à subir la concurrence d'une autre garantie propre à une méthode spécifique de financement : le crédit-bail. Le droit de propriété reconnu à la société de crédit-bail sur le navire qu'elle finance assure à celle-ci une protection des plus efficaces ».

² J. Derruppé et T. de Ravel d'Esclapon, « Nantissement de fonds de commerce », *Rép. com.*, oct. 2016, n° 5 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 734, p. 681 : « la pratique continue certes à l'inscrire, mais sans se faire d'illusions ; elle y recourt à toutes fins utiles, d'une manière un peu subsidiaire, en exigeant du débiteur qu'il fournisse d'autres garanties et notamment une caution ».

³ C. Albigès, « L'obligation d'exploiter un bien », art. précité, n° 29 ; C. Souweine et A. Favreau, « Nantissement et saisie de brevets », fasc. précité, n° 9 ; N. Martial, th. précitée, n° 9, p. 19 et s., ainsi que n° 15, p. 27 et s., qui relève « l'échec du droit des sûretés sur propriétés intellectuelles » ; M. Vivant, « L'immatériel en sûreté », art. précité, n° 1, p. 405 : « les sûretés sur les propriétés intellectuelles restent de faible importance dans la pratique, alors même que ces propriétés sont devenues, tant qu'un point de vue micro-économique que macro-économique comme dans le champ du droit, une donne majeure ».

843. On le voit, les caractéristiques communes à tous les biens susceptibles d'hypothèque rendent la création d'une ébauche de droit commun des sûretés hypothécaires relativement aisée. Il n'en va pas de même dans le domaine des sûretés non-hypothécaires, dans la mesure où les biens insusceptibles d'hypothèques sont extrêmement variés.

§2) *Ebauche de droits communs aux sûretés non-hypothécaires*

844. Plan. Une fois les sûretés hypothécaires écartées, la distinction des sûretés sur biens incorporels et biens corporels devient à nouveau judicieuse. Les nantissements et cessions, entendus comme les sûretés non-hypothécaires sur biens incorporels, peuvent-ils être soumis à un droit commun « familial » ? Il nous semble que non. D'une part se trouvent les sûretés du droit financier, qui mettent en jeu les instruments et infrastructures du droit financier, soit les garanties financières, les fiducies spéciales et le nantissement de compte-titres. D'autre part, l'on dénombre plusieurs nantissements et cessions de créance ou de monnaie¹, qui sont des sûretés portant sur des actifs financiers², sans pour autant se mouvoir dans le domaine du droit financier. Les sûretés portant sur des crypto-monnaies sont un peu à l'écart dans ce paysage³.

¹ Il s'agit du nantissement de créance du Code civil, de police d'assurance vie, de parts sociales, des nantissement et cession Dailly, des gages-espèces ainsi que des futurs nantissements de monnaie scripturale et cession de droit commun à titre de garantie.

² Ces actifs, essentiellement les créances et la monnaie, ont pour caractéristiques communes d'être « liquides, souvent interchangeables, éphémères mais renouvelables. Le lien avec la personne de leur titulaire est généralement faible. En revanche, certains professionnels jouent un rôle central dans leur création, leur circulation ou leur détention : les banques. Autant de raisons pour regrouper, et concevoir dans le même esprit, les nantissements portant [sur ces biens] » (H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », art. précité). Nous n'adoptons cependant pas la classification de M. Synvet, qui inclut les titres financiers dans les actifs financiers et estime ainsi que le régime d'une sûreté sur titres financiers est nécessairement proche de celles qui sont constituées sur les créances ou la monnaie. En effet, un examen du régime du nantissement de compte-titres démontre une proximité bien supérieure avec les sûretés du droit financier, et notamment quant aux formalités simplifiées de constitution et d'opposabilité de la garantie, v. *infra*, n° 845 et s. La position des titres financiers au cœur du système financier a donc pour conséquence un nombre accru de dérogations au droit commun des sûretés réelles. Pour un découpage similaire, v. S. Praicheux, « Sûretés financières », *Rép. sociétés*, avril 2019, n° 72 et s.

³ La nature juridique du *bitcoin* – des crypto-monnaies en général – est particulièrement complexe à cerner. Il peut certainement être employé à l'extinction d'une dette, mais ne dispose pas d'un cours légal et est caractérisé par un mode très particulier de détention. A ce titre, on peut le qualifier de monnaie, mais d'un genre différent des monnaies qui l'ont précédé, v. M. Julie nne, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RDBF* nov.-déc. 2018, études 19, n° 13 et s., ainsi que Ph. Théry, « La propriété monétaire numérique : les bitcoins », *JCP G*, hors-série déc. 2017, n° 14, p. 44. L'analyse a été confirmée par un jugement rendu par le tribunal de commerce de Nanterre le 26 février 2020 (n° 2020-002798), *RDBF* mai 2020, étude 7, obs. D. Legeais (spé. n° 6 : « très justement, [le tribunal] mentionne que le Bitcoin ne peut avoir les caractéristiques de la monnaie ayant cours légal faute de consécration en ce sens. Pour autant, la nature de monnaie est loin d'avoir été écartée. Il peut en effet y avoir place pour une monnaie qui ne serait pas une monnaie ayant cours légal ») estimant que le prêt de *bitcoins* mérite la qualification de prêt de consommation, ce qui autorise l'emprunteur à en disposer, « que ce soit pour payer des biens ou des services, pour l'échanger contre des devises ou pour le prêter, tout comme la monnaie légale, quand bien même il n'en est pas une ». Il faut alors abandonner l'idée de l'affecter en garantie via un nantissement ou une garantie financière et se rabattre sur le gage sans dépossession (grâce au renvoi de l'art. 2355, al. 5 C. civ.) ou la fiducie-sûreté du Code civil, v. M. Bali, « La prise de sûreté sur crypto-monnaie : le cas du Bitcoin », *RDBF* nov.-déc. 2018, études 21

On a pu déplorer en doctrine l'inexistence d'un droit commun des sûretés sur actifs financiers¹. Il nous semble qu'il faut plutôt poursuivre dans cette voie afin de lutter contre l'attraction du droit des sûretés sur actifs financiers par le droit commun des sûretés financières. La financiarisation de ces sûretés se caractérise par une résistance toujours plus poussée aux règles de la procédure collective, ce qui constitue une tendance extrêmement dangereuse. Nous plaiderons donc en faveur du maintien d'une séparation nette entre ces deux types de sûretés (A).

La famille des gages, sûretés sur meubles corporels, est bien moins agitée. L'ordonnance du 23 mars 2006 a d'ores et déjà consacré le régime du Code civil comme droit commun applicable à ces garanties, ce qui constitue un facteur puissant d'uniformisation. N'aurait-on pas pu imaginer aller plus loin et consacrer un gage unique, renforcé par l'ajout de règles tirées des régimes spéciaux² ? Dans le domaine des sûretés sur meubles corporels plus encore qu'ailleurs, l'affirmation de ce que « *beaucoup de sûretés modernes ne sont que des excroissances contingentes du Code civil, qui se bornent à en assouplir les principes à l'aune des impératifs économiques ou de la nature des choses* »³ ne se dément pas. En effet, les meubles corporels, contrairement aux meubles incorporels, présentent des caractéristiques assez similaires. Il faut alors encourager le rapprochement des différents gages, jusqu'à subsumer toutes ces garanties sous la figure unique du gage du Code civil (B).

¹ S. Praicheux, « Le traitement juridique des garanties financières, entre restrictions et innovations », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà – Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Joly, Lextenso éditions, 2017, n° 33, p. 633.

² V., favorables à cette idée, C. Juillet, « Le gage de meubles corporels dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 39, pp. 168-169, ou encore C.-A. Michel, th. précitée, n° 377 et s., p. 379 et s. Il faut noter que l'avant-projet de réforme proposé par l'Association Henri Capitant procède de la sorte vis-à-vis du gage automobile, dont le régime est supprimé et la sûreté seulement mentionnée à l'art. 2338, al. 2 afin de préciser ses modalités d'opposabilité aux tiers.

³ D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8 et s., n° 5.

A) *Vers la fission du droit financier des sûretés et des sûretés sur actifs financiers*

845. Plan. Les objectifs poursuivis par le droit financier des sûretés, au premier rang desquels vient la protection du marché contre le risque systémique, justifient l'existence d'un traitement au moins partiellement dérogatoire au droit commun des sûretés réelles. Cantonnées au droit financier *stricto sensu*, ces exceptions aux principes généraux demeurent acceptables. Toutefois, l'époque récente témoigne d'un élargissement constant de leur domaine, un régime particulièrement favorable étant reconnu aux sûretés sur actifs financiers, quel que soit le contexte dans lequel elles sont constituées. Il faut mettre un terme à ce mouvement, qui vise uniquement à mettre en place des avantages au profit d'une « classe » de créanciers déterminée, les banquiers. Ainsi, hors du droit financier, les règles de constitution et d'opposabilité (1), ainsi que l'efficacité (2) des sûretés sur actifs financiers mériteraient de réintégrer le giron du droit commun des sûretés réelles.

1 – Constitution et opposabilité des sûretés sur actifs financiers

846. La simplicité des formes du droit financier. Les dérogations apportées par le droit financier au droit commun des sûretés se font ressentir dès la phase de constitution des garanties. Le formalisme est en effet très fortement allégé afin de simplifier au maximum le recours aux sûretés dans un domaine où le risque est omniprésent. Il est ainsi exceptionnel qu'un écrit soit imposé à titre de validité : rien n'est prévu dans les régimes des fiducies spéciales ou des garanties financières¹, l'écrit servant uniquement à des fins probatoires², alors que le nantissement de compte-titres n'est valable que si une déclaration, reprenant plus ou

¹ Pour la suite des développements, la notion de garantie financière inclura systématiquement les couvertures des art. L. 440-7 et s. CMF, la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires ayant largement unifié les deux types de garanties. Il est cependant vrai que l'article précité prévoit que la couverture peut alternativement se présenter sous les traits d'une garantie financière ou de « toute autre forme prévue par les règles de fonctionnement », ce qui fait probablement référence aux sûretés réelles de droit commun. Cela étant, pour favoriser la sécurité des marchés, les chambres de compensation devraient privilégier le recours aux garanties financières. V., sur tous ces points, P. Pailler, « De nouvelles règles pour les chambres de compensation », *RDBF* nov. 2013, dossier 56, n° 11, ainsi que D. Robine, « La réforme des couvertures par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires », *D.* 2013. 2281, n° 3 et s.

² A propos de l'opération de pension, v. F. Auckenthaler, « Pension », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 2123, nov. 2017, n° 41. Il en va de même en matière de prêt de titres, contrat soumis essentiellement aux dispositions des art. 1892 et s. C. civ. relatives au prêt de consommation, v. F. Auckenthaler, « Prêt de titres », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 2125, nov. 2017, n° 15 et s.

moins les mentions obligatoires du droit commun, a été datée et signée par le constituant¹. Toutefois, c'est surtout au stade de l'opposabilité que le droit financier tranche avec le droit commun, les sûretés étant rendues opposables aux tiers au terme de formalités minimales², voire sans formalités³. La différence avec le traitement réservé aux sûretés hypothécaires ou aux gages saute aux yeux, mais il y a plus. Une sûreté sur créance, habituellement opposable aux tiers dès sa constitution, et opposable au débiteur de la créance affectée en garantie une fois que son existence lui a été notifiée, obéit à un régime différent si elle a été constituée en garantie d'une obligation financière⁴. Entre deux opérateurs financiers, de telles sûretés sont opposables du simple fait « *du transfert des biens et droits en cause, de la dépossession du constituant ou de leur contrôle par le bénéficiaire ou par une personne agissant pour son compte* ». Une cession Dailly garantissant une obligation financière est ainsi opposable *erga omnes* dès la remise du bordereau au cessionnaire⁵...

Un arrêt récent de la Cour de cassation a toutefois semé le trouble quant à la portée exacte des formalités de constitution du nantissement de compte-titres. Cette décision, rendue le 20 juin 2018, a en effet paru affirmer que la validité et l'opposabilité de la sûreté n'étaient subordonnées qu'à l'apposition de la signature et de la date par le constituant sur sa déclaration⁶. Le sens de l'arrêt est incertain, dans la mesure où la cour d'appel avait déclaré le nantissement inopposable en raison du défaut de notification de la sûreté à la société émettrice. S'il est évident

¹ Faute de quoi le nantissement n'est pas « *réalisé* », et donc inopposable aux tiers, v. Com., 23 janvier 2019, n° 16-20582, *BJB* mai 2019, p. 48 et s., obs. D. Robine. Le défaut de rédaction de l'arrêt, qui reprend le terme « *réalisé* » de l'art. L. 211-20 CMF, empêche de sa prononcer clairement sur la sanction retenue : s'agit-il de nullité ou d'inexistence ? En tout état de cause, il s'agit d'un vice affectant la validité même de la sûreté.

² Une simple déclaration du constituant pour le nantissement de compte-titres (art. L. 211-20 CMF) ; la remise des titres ou leur inscription en compte dans les opérations de pension (art. L. 211-29 et D. 211-15 CMF).

³ L'existence d'une formalité de publicité telle que l'inscription sur un registre centralisé irait à l'encontre des objectifs du droit financier : s'agissant de limiter au maximum les conséquences de la défaillance d'un opérateur sur la situation de tous ses cocontractants, il faut s'assurer que tous ses créanciers puissent réaliser leurs sûretés le plus rapidement possible. Ainsi, lorsque l'art. L. 211-38, II, 1° CMF indique que les garanties financières sont opposables par la dépossession du constituant ou le contrôle exercé par le bénéficiaire sur les actifs affectés en garantie, il faut comprendre que la sûreté n'est opposable que si le bénéficiaire est seul à pouvoir exercer ses droits sur les biens composant son assiette (v. CJUE 10 novembre 2016, « *Private Equity Insurance Group v. Swedbank* », C-156/15, n° 44 : « *le preneur d'une garantie telle que celle en cause au principal, portant sur des fonds déposés sur un compte bancaire ordinaire, ne peut être considéré comme ayant acquis « la possession ou le contrôle » de ces fonds qu'à la condition que le constituant de la garantie soit empêché d'en disposer* »).

⁴ On a ainsi pu affirmer que « *chaque sûreté a en quelque sorte une sœur jumelle – voire siamoise – lorsqu'elle prend la forme d'une « garantie financière » stricto sensu, régie par l'article L. 211-38* » (M. Julienne et S. Praicheux, « Réforme du Code civil, crise financière, blockchain : où en sont les garanties financières ? », art. précité, n° 7). Pour une comparaison des régimes du nantissement de compte-titres de droit commun et du nantissement de compte-titres constitué en garantie d'une obligation financière, v. P. Gissinger, « Garanties financières et opérations de marché », *RDBF* janv. 2007, dossier 4, n° 28.

⁵ L'absence de notification conduira seulement le cessionnaire à se reposer sur le mandat de recouvrement investissant le cédant du droit de recevoir le paiement de son débiteur pour le compte de son créancier.

⁶ Com., 20 juin 2018, n° 17-12559 ; D. 2018. 1884, obs. P. Crocq ; *RDC* janv. 2019, p. 65 et s., obs. M. Julienne : « *la constitution en gage d'un compte d'instruments financiers est réalisée, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par la seule déclaration de gage signée par le titulaire du compte* ».

qu'une telle mesure informative est inutile lorsque l'émetteur et le teneur de compte sont deux personnes différentes, la Cour ne se prononce pas sur la nécessité d'une notification adressée à ce dernier. La première phrase de l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier ne mentionnant pas l'existence du teneur de compte, la solution doit être recherchée en dehors des textes. Il nous semble que l'opposabilité de la sûreté devrait être conditionnée à l'envoi d'une notification au teneur de compte, la date de réception constituant sa date d'opposabilité aux tiers. D'une part, en l'absence de notification, comment régler les conflits entre nantis successifs sur le même compte-titres ou les mêmes titres financiers¹ ? Appliquer la solution retenue par la Cour de cassation aboutit à inciter à l'antidate, le nantissement étant totalement occulte. D'autre part, retenir la solution suggérée par l'arrêt précité pose un problème majeur quant à l'efficacité de la sûreté : lorsque le teneur de compte n'est pas le créancier, il n'est pas informé de son existence. Comment alors mettre en œuvre les droits du bénéficiaire, potentiellement titulaire d'un pouvoir de blocage exercé par l'intermédiaire du teneur de compte² ? Le régime de cette sûreté très prisée dans le milieu des affaires gagnerait donc à être clarifié par un article indiquant expressément que, si la validité de la sûreté est liée à la rédaction de la déclaration datée et signée, elle ne peut être opposable aux tiers qu'à la date de sa réception par le teneur de compte³.

¹ En ce sens, P. Crocq, obs. précitées.

² Art. L. 211-20, IV CMF : « le créancier nanti définit avec le titulaire du compte-titres les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti ». V., déjà, D. Fasquelle, « Le nantissement des valeurs mobilières », *RTD Com.* 1995. 1, n° 28 ; D. R. Martin, « Du gage d'actifs scripturaux », *D.* 1996. 263, n° 14 : « concrètement, l'affectation s'opère toujours par une « déclaration » de gage. On sait que, s'agissant par définition d'un acte réceptif, cette déclaration s'entend, en l'occurrence, d'une notification, au teneur de compte, de la volonté du constituant d'engager tout ou partie de ses avoirs en portefeuille » ; D. Robine, « Le gage de compte d'instruments financiers », *Dr. et Patr.* juill. 2002 : « étonnamment, malgré son rôle essentiel, la déclaration n'est définie ni par la loi MAF, ni par son décret d'application. Il faut, par ailleurs, regretter le manque de précision de ces textes sur certains points. Ainsi, on peut se demander s'il est nécessaire que cette déclaration soit notifiée au teneur de compte, lorsque celui-ci n'est pas créancier, ou si son simple établissement est suffisant pour constituer un gage valable. La première proposition doit être privilégiée. La déclaration a en effet pour objectif de mettre en possession le créancier gagiste par la paralysie des pouvoirs du constituant sur les instruments financiers gagés et, ainsi, de « permettre de trancher un conflit avec les ayants cause à titre particulier du constituant, le teneur de compte jouant le rôle d'agent de publicité ». Cela suppose nécessairement l'intervention, et donc l'information, de ce teneur de compte. La déclaration est un acte dit « réceptif » ». Par ailleurs, faute de notification reçue par le teneur de compte, il serait impossible de caractériser la dépossession ou le contrôle nécessaire à l'opposabilité aux tiers d'un nantissement de compte-titres constitué en garantie d'une obligation financière (v. l'art. L. 211-38, II, 1° CMF ainsi que les obs. précitées de M. Julienne, n° 9).

³ Cette solution était déjà prônée par les travaux de la première Commission Grimaldi, en 2005. L'art. 2367, al. 3 de cet avant-projet indiquait que « la déclaration prend effet à l'instant de sa réception par le teneur du compte sur lequel sont inscrits les instruments financiers nantis ». C'est également cette solution qui a été retenue dans l'actuel avant-projet de réforme en matière de nantissement de monnaie scripturale, v. son art. 2366-4 : « le nantissement de monnaie scripturale devient opposable aux tiers à la date de la notification visée à l'article précédent, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué ». V., déjà, H. Le Nabasque, J.-M. Gaillard et M. Baffreau, « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers », *RDBB* mai-juin 1998, p. 88 : « la déclaration de gage doit comporter les éléments d'identification du compte spécial gagé. Il en résulte que la sûreté n'est plus, inter partes, constituée antérieurement à l'inscription en compte mais concomitamment. On doit en attendre, pratiquement, la concomitance, également, entre, d'une part, la date de la signature de la déclaration de gage et celle de sa notification au teneur de compte ». Comp. toutefois A. Bac, « La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et Patr.* sept. 2005, opposée à cette solution « pour des raisons à la fois de sécurité et d'efficacité ».

847. La nécessité de soumettre au droit commun les formes des sûretés sur actifs financiers. Hors du droit financier, les nantissements et cessions de créance ou de monnaie à titre de garantie n'obéissent pas au même régime. Il s'agit de sûretés formalistes pour lesquelles l'opposabilité aux tiers est réalisée en deux temps. Ces sûretés sont opposables à tous les tiers, sauf le débiteur de la créance affectée, dès la constitution de la sûreté. Elles sont ensuite opposables à ce débiteur au jour où la sûreté lui est notifiée¹, ce qui revient à l'instituer « *quasi conservateur des hypothèques* »², apte à informer les véritables tiers de l'existence de l'affectation en garantie. Ces sûretés sont donc occultes, car il est certain que la notification n'accomplit pas les objectifs d'une mesure de publicité, soit mettre une information à disposition du public. La publicité organisée autour du débiteur de la créance affectée en garantie ne peut être véritablement comparée à la publicité foncière : certes, dans les deux hypothèses, le créancier à la recherche de l'information doit s'adresser au tiers qui la détient, mais l'analogie s'arrête là. Alors que les employés du service de la publicité foncière sont tenus d'une obligation de réponse et engagent la responsabilité civile de l'Etat en cas de faute causant un préjudice aux requérants³, il est affirmé depuis bien longtemps que le débiteur n'est pas tenu de répondre aux questions des tiers⁴ et n'encourt donc aucune sanction en cas de transmission d'une information erronée. La règle peut se comprendre car, après tout, « *si le débiteur est tenu de supporter les opérations portant sur la créance dans la mesure où il est le sujet passif de l'obligation, il n'y a aucune raison pour que ses devoirs s'accroissent du seul fait que son créancier mobilise le droit qu'il détient à son encontre* »⁵. Un tel système serait par ailleurs dangereux, la fiabilité du débiteur n'étant certainement pas comparable à celle du service de la publicité foncière.

¹ Ce qui vaut tant en matière de cession Dailly (art. L. 313-27 et L. 313-28 CMF) que de nantissement de créance (art. 2361 et 2362 C. civ.), ou encore de nantissement de police d'assurance-vie (art. L. 132-10 C. ass.). Demain, cette règle pourrait également être valable pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie (art. 1323 et 1324 C. civ.). En revanche, les nantissements de parts sociales sont nécessairement soumis à une inscription sur registre à peine d'inopposabilité, qu'il s'agisse du nantissement de parts de sociétés civiles sujet aux dispositions du décret du 3 juillet 1978 ou du nantissement de parts de sociétés commerciales, obéissant, faute de règles spécifiques, au droit commun du gage sans dépossession.

² Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018, n° 1416, p. 802.

³ Art. 2450 et s. C. civ.

⁴ V., dans une espèce où une banque avait notifié une cession Dailly en réclamant au cédé qu'il vérifie l'existence de la créance et l'avertisse de toute difficulté à ce sujet, Com., 24 mai 1994, n° 92-16232 : « *la notification prévue à l'article 5 de la loi du 2 janvier 1981 n'entraîne pas, à la charge du débiteur cédé, une obligation d'information au profit du cessionnaire sur l'existence et la valeur des créances cédées* ».

⁵ M. Julienne, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, n° 37, p. 31.

848. Dès lors, l'amélioration du système ne devrait pas passer par l'extension du champ d'application de l'obligation de réponse imposée au débiteur du débiteur en matière de saisie-attribution¹. Il faudrait au contraire changer de paradigme et revenir sur la règle de l'opposabilité immédiate des sûretés sur créances². Hors du droit financier, la légitimité d'une sûreté réelle s'entend en principe de sa prévisibilité aux yeux des tiers³, et l'on ne voit pas pourquoi les sûretés sur créances – biens qui forment une part importante du patrimoine des entreprises – feraient exception à la règle. Il est certain que l'opposabilité immédiate, dispensant les parties de l'accomplissement d'une formalité supplémentaire, a favorisé le développement des opérations sur créance. Mais il faut également prendre en considération le fait que le droit des sûretés a beaucoup évolué depuis la réforme du 23 mars 2006, l'assouplissement considérable du principe de spécialité ayant fait une place importante tant aux sûretés sur biens futurs qu'aux sûretés garantissant des créances futures⁴. L'inscription d'un gage sans dépossession sur le registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce du domicile ou siège social du constituant peut ainsi être effectuée afin de garantir des créances futures, si « *le bordereau mentionne les éléments permettant de les déterminer* », en donnant en gage des meubles présents et futurs, pourvu que soient indiquées « *leur nature, qualité, et quantité* ». On le voit, aucune contrainte technique ne s'oppose au rapatriement des sûretés sur actifs financiers dans le giron du droit commun des sûretés réelles et à la subordination de leur opposabilité à leur inscription, idéalement au sein d'un Registre des Garanties Sans Dépossession, déjà évoqué⁵.

¹ Comp., favorable à cette solution, F. Petit, « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2006. 2819, n° 12.

² Pour les opérations sur créances dépourvues de fonction de sûreté, l'intérêt de la publicité pour les tiers est bien moins impérieux. Les règles actuelles suffisent à apporter des solutions aux problèmes de priorité entre saisissant et cessionnaire et de double mobilisation d'une créance, v. *supra*, n° 212 et s. Le parallélisme des formalités de cession et d'affectation en garantie serait certes mis à mal, mais ce ne serait pas la première fois en ce qui concerne les biens incorporels. Il est en effet admis depuis longtemps que si les titres financiers se transfèrent par une inscription en compte (ou, désormais, dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé) selon l'art. L. 211-15 CMF, ils peuvent être nantis, sans virement sur un compte spécial, pour autant qu'un procédé informatique permette de les identifier (art. L. 211-20, II CMF). En pratique, il s'agit du topage, pratique consistant à faire précéder la ligne désignant les titres nantis d'un astérisque.

³ V. *supra*, n° 555.

⁴ V. *supra*, n° 295 et s.

⁵ V. *supra*, n° 822 et s. Le régime du nantissement de parts sociales invite d'ailleurs à une telle évolution. Le nantissement de parts de sociétés civiles doit être inscrit en marge du registre du commerce et des sociétés, ce qui permet la tenue d'un fichier spécial des nantissements au greffe du tribunal de commerce selon les art. 53 et 57 du décret du 3 juillet 1978, alors que le nantissement de parts de sociétés commerciales voit son opposabilité subordonnée à son inscription dans le registre des gages, par renvoi de l'art. 2355, al. 5 C. civ., registre que le RGSD a vocation à remplacer en élargissant son domaine. Sur ces sûretés, v. F. Jacob, « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et Patr.* juill. 2007

849. Institution d'un Registre des Garanties Sans Dépossession. Ce registre, qui s'inspire fortement du fonctionnement actuel du registre des gages, a vocation à le remplacer en élargissant son domaine. Il serait tenu électroniquement¹, et l'inscription se ferait sur requête du créancier, pour une durée de cinq ans, avec possibilité de renouvellement. On peut toutefois songer à assouplir les modalités d'inscription des sûretés sans dépossession. A l'heure actuelle, l'inscription d'un gage se fait nécessairement par la remise au greffe d'un original de l'acte sous signature privée ou de l'expédition de l'acte authentique constitutif de la sûreté. La lourdeur et l'inefficacité d'une telle formalité ont été critiquées à maintes reprises²... tout comme le manque de sécurité de l'alternative en vigueur dans certains systèmes étrangers, c'est-à-dire l'inscription réalisée à distance par le créancier lui-même en fournissant un « sommaire » renseignant les tiers sur les éléments essentiels de l'opération³. Pourquoi ne pas ouvrir cette option aux parties ? Dans les opérations de financement d'une ampleur considérable, le créancier recherchant avant tout la sécurité devrait remettre l'acte constitutif de la sûreté au greffe, alors que, pour les opérations de moindre importance, les attentes du créancier concernant essentiellement la rapidité des transactions, il pourrait se contenter d'un enregistrement à distance avec vérification superficielle du greffier⁴. Quoiqu'il en soit, ce dernier devrait ensuite transcrire les informations reçues sur le Fichier National des Garanties

¹ V., déjà, pour une proposition de registre global tenu par Minitel, A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, « L'informatisation des sûretés mobilières : réalité ou utopie ? », *Banque et Droit* janv.-fév. 1989, p. 21 et s., spé. n° 15 et s.

² V., par ex., C. Mouly, « La publicité des sûretés réelles mobilières », *European Review of Private Law* vol. 6, n° 1, 1998, n° 10, p. 58 : « la seule utilité d'une publicité de la totalité du contrat est de permettre d'en contrôler la validité, et parfois d'authentifier cette validité. Cette validation suppose une vérification du contrat par l'autorité chargée de l'enregistrement. La charge est colossale ; elle est aggravée par les problèmes d'orthographe des noms commerciaux ou de vérification de l'état-civil. Le coût pour les parties et pour l'Etat en est aussi exorbitant que les retards de l'administration. Une telle publicité encombre inutilement les enregistrements d'informations qui sont indifférentes pour l'appréciation de la solvabilité et des priorités existantes ».

³ Le droit américain constitue le modèle du genre : la déclaration de financement (*financing statement*) ne doit contenir, aux termes du §9-502 (a) UCC, que l'identification des parties et la description précise des biens grevés, v. J.-F. Riffard, th. précitée, n° 778 et s., p. 281 et s.

⁴ Ce qui serait de nature à simplifier largement la situation des créanciers étrangers subissant le déplacement de l'assiette de leur sûreté en France (v. *supra*, n° 544). En effet, l'on pourrait imaginer leur permettre d'effectuer cette formalité au greffe du tribunal de commerce de Paris, lequel transcrirait ensuite les informations au sein du fichier national. Pour renforcer leur protection, il faudrait également prévoir l'existence d'un « délai de survie » de trois mois, mécanisme inspiré des art. 3104 et 3106 C. c. Q., ainsi que de l'art. 102 de la loi fédérale Suisse sur le droit international privé, au cours duquel la sûreté non publiée demeure opposable aux tiers. Si la sûreté est publiée au cours de ce délai, l'inscription devrait rétroagir à la date de l'entrée du bien sur le territoire français. A défaut de publicité dans les délais, la sûreté ne pourrait être opposable aux tiers qu'à compter de l'accomplissement de la formalité (sur cette idée, v., déjà, S. Corneloup, th. précitée, n° 411, p. 424). Comp., estimant qu'il faudrait mettre en place un registre spécial au greffe de la Cour d'appel de Paris, tenu par l'autorité judiciaire, fondé sur un système de publicité personnelle, avec communication d'informations minimales (identification des parties et description des biens grevés), le créancier devant répondre aux demandes de renseignements complémentaires formulées par les tiers, M. Attal, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, préf. S. Poillot-Peruzzetto, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 13, 2005, n° 509 et s., p. 272 et s.

Sans Dépossession, accessible au public via Internet¹. Pour préserver la vie privée et le secret des affaires, le fichier ayant vocation à recenser l'ensemble des garanties sans dépossession constituées par un débiteur, l'on pourrait imaginer que son accès soit subordonné à l'indication d'un numéro de dossier confidentiel, communiqué par le greffe au constituant puis par le constituant à son créancier. Tout prêteur potentiel disposerait alors d'informations importantes et parfaitement fiables sur l'état du patrimoine de l'emprunteur potentiel².

850. A une époque où le législateur est particulièrement soucieux des intérêts des titulaires de sûretés, allant parfois jusqu'à bafouer les droits des tiers en procédure collective pour renforcer leur position, il serait regrettable qu'une telle innovation ne soit même pas envisagée, au moins pour les sûretés garantissant des créances d'un montant élevé, alors qu'elle ne lèse ni les droits des parties à l'opération, ni ceux des tiers, mais allonge légèrement les formalités de constitution de la sûreté. S'agirait-il là d'un épouvantail à créanciers, qui estimerait que l'imposition d'une telle exigence reviendrait à alourdir l'opération de façon insupportable ? Il est impossible de le dire avec certitude³, mais il faut remarquer que l'inscription des sûretés sur créances est nécessaire tant en droit américain⁴ qu'en droit

¹ Les professionnels devraient être moins réticents à se reposer sur Internet qu'ils ne l'ont été vis-à-vis du Minitel, comparé dans les années 1990 au « 22 à Asnières » ... (v. la discussion suivant l'exposé de Mme. A.-M. Morgan de Rivery, « La publicité du gage », art. précité, p. 102).

² Ce qui permettrait de sortir du paradoxe qui veut que le droit français dispose aujourd'hui d'un « *outil informatique perfectionné au service d'un cadre légal dépassé* », v. *ibid.*, p. 86.

³ Certains auteurs ont milité, par le passé, en faveur de cette solution, v. not. A.-M. Morgan de Rivery, « La publicité du gage », art. précité, p. 96, ainsi que C. Mouly, « La publicité des sûretés réelles mobilières », art. précité, n° 39, p. 65 : « *la brièveté des crédits garantis ne rend pas la publicité dissuasive si elle est simple et rapide, par exemple faite par le créancier lui-même on line. La réticence qui peut provenir de la connaissance ainsi divulguée des crédits octroyés est la même que celle qui freina longtemps la publicité des hypothèques. Bien qu'elle soit fondée, et justifie par exemple que l'escompte des effets de commerce ne soit pas soumis à publicité, elle peut être surmontée. La publicité des cessions de créances est effective en Angleterre, et en France la 'centrale des risques', qui regroupe les en-cours de crédit d'un volume important et qui est ouverte à tous les établissements de crédit, publie le montant des cessions de créance consenties* ». Comp., s'inquiétant de la multiplication des « zones d'ombre » dans le patrimoine des débiteurs, à raison du recours grandissant à l'institution ou à l'idée de fiducie, laquelle ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité en tant que telle » (A. Piedelièvre, D. Cohen et A. Reygrobellet, « Publicité et sûretés », in A. Sayag (dir.), *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1992, n° 266, p. 227).

⁴ Le §9-310 (a) UCC pose en effet un principe d'opposabilité des sûretés par enregistrement, sauf exception. La cession de créance à titre de garantie n'étant pas citée parmi les exceptions énoncées au b), il faut en déduire sa soumission au principe, exception faite des cessions de créance d'un faible montant v. J.-F. Riffard, « Le *security interest* américain », art. précité, n° 525-28. En revanche, l'équivalent américain du nantissement de compte est rendu opposables aux tiers par *control*, v. le §9-310 (b) (8) UCC. V. également D. Pardoel, *Les conflits de loi en matière de cession de créance*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 277, 1997, n° 277, p. 139 et s.

OHADA¹, qui sont par ailleurs reconnus pour leur souplesse et leur attractivité²... Par ailleurs, qu'il s'agisse de droit financier ou non, les sûretés sur actifs financiers ont bien d'autres avantages, notamment celui de conférer aux parties la faculté de modifier aisément l'assiette de leur sûreté au cours de la période conservatoire afin de tenir compte des évolutions de la créance garantie.

851. Une même souplesse dans la composition de l'assiette. La facilité avec laquelle l'assiette des sûretés financières ou des nantissements et cessions de créance ou de monnaie à titre de garantie peut évoluer est largement reconnue. En effet, personne ne remet en cause le droit des parties à s'accorder pour remplacer les biens initialement grevés par d'autres biens ni le report automatique du droit du créancier sur leur prix de vente³. De même, la clause d'arrosage, obligeant le constituant à affecter de nouveaux biens en garantie lorsque l'assiette initiale devient insuffisante pour répondre de la dette, est assez naturellement stipulée lorsque les biens initialement grevés sont aisément remplaçables, comme en témoigne son insertion dans les régimes du warrant pétrolier et du gage de stocks⁴. C'est davantage sur la forme que les dispositions relatives au nantissement de compte-titres et aux garanties financières se distinguent du droit commun, les textes exposant ces possibilités d'ajustement de manière très compréhensive⁵. Il suffit de s'intéresser à cette première sûreté, qui offre une faculté d'adaptation tout à fait extraordinaire aux parties, étant donné que l'inclusion au sein du compte nanti des fruits et produits des titres financiers nantis ainsi que des titres substitués ou des

¹ V. les art. 82 et 131 de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des Sûretés, respectivement à propos de la cession de créance à titre de garantie et du nantissement de créance. Les commentateurs français du projet de réforme n'ont pas manqué de critiquer cette innovation « *car, dans la pratique des financements internationaux, les sûretés sur créances mises en place sont majoritairement occultes, à la demande des constituants. Il est à craindre que l'instauration d'une telle règle de publicité soit un frein au développement de cette sûreté, les parties préférant recourir à une sûreté équivalente de droit étranger non soumise à publicité* » (O. Fille-Lambie et A. Marceau-Cotte, « Les sûretés sur les meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'Acte uniforme sur les sûretés », *Dr. et Patr. nov.* 2010). V. également P. Crocq, « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et Patr. nov.* 2010, très réservé, se fondant sur le désir de confidentialité des cédants et l'absence d'informatisation des registres.

² La mise en place de registres nationaux ou internationaux est d'ailleurs préconisée par un certain nombre de projets internationaux, v. P. Bloch, « Quelques réflexions sur les sources internationales du droit des sûretés réelles », art. précité, n° 27, p. 61 et s.

³ V., sur la place de la subrogation dans le droit commun des sûretés réelles, *supra*, n° 568 et s.

⁴ V. les art. L. 524-16 et L. 527-6 C. com. Certains estiment cependant que les différentes clauses d'adaptation de l'assiette devraient se voir reconnaître une efficacité à toute épreuve en matière de nantissement de compte-titres, eu égard aux spécificités de cette sûreté, v. P. Minor et C. Coatalem, « De la souplesse du gage de compte d'instruments financiers », *RDBF nov.* 2004, prat. 100080.

⁵ V. les art. L. 211-20, I et L. 211-38, III CMF, ce deuxième texte prévoyant que les biens restitués au constituant après usage par le bénéficiaire de sa faculté de réutilisation des biens composant l'assiette initiale de la garantie sont eux-mêmes grevés par la sûreté. Pour davantage de précisions sur ce droit de « *re-use* », v., *supra*, n° 58.

compléments de sûreté se produit de plein droit¹. La seule conclusion de la sûreté, sans nécessiter d'accord de volontés supplémentaire, suffit alors à procurer une sécurité exceptionnelle au créancier. La clause d'accroissement, par laquelle les parties s'accordent pour que le constituant augmente l'étendue de la garantie sur simple demande du créancier, est elle aussi intégrée au régime de la sûreté, les textes prévoyant que tous les titres ajoutés « *de quelque manière que ce soit* » à la garantie de la créance initiale intègrent le compte-titres.

852. Si la souplesse dans l'évolution de l'assiette n'est pas de la nature des nantissements et cessions de créance ou de monnaie à titre de garantie, ils s'y prêtent assez facilement eu égard aux caractéristiques des biens grevés. A cet égard, l'on peut prendre l'exemple des conventions-cadre de cessions Dailly. Contrairement à la cession de créances futures, par laquelle le bénéficiaire acquiert un droit soit immédiatement², soit lorsque la créance vient à naître³, la convention-cadre permet de poser le principe et les conditions d'une cession à intervenir plus tard, le bénéficiaire n'acquérant son droit qu'à cette date, et non à celle de la conclusion de la convention-cadre. La distinction est bien connue du droit allemand, qui oppose *Mantelzession* et *Globalzession*, cession-cadre et cession globale⁴. La première est plus dangereuse pour le cessionnaire, qui court le risque qu'un autre créancier ait pris une sûreté sur une créance future avant lui. Toutefois, elle présente l'avantage de permettre une adaptation constante de l'étendue de la garantie en considération de l'évolution de la dette. Les parties fixent en effet, dans la convention-cadre, un plancher de couverture sous lequel il ne faut pas descendre : si l'augmentation du montant de la dette rend la garantie insuffisante, le constituant est alors tenu de procéder à des cessions complémentaires en remettant de nouveaux bordereaux à son

¹ On retrouve cette faculté d'ajustement dans les fiducies spéciales du droit financier. En matière d'opérations de pension, l'art. 8.1 de la convention-cadre de la Fédération Bancaire Française du 2 juillet 2007 indique ainsi qu'« à moins qu'il n'en soit disposé autrement lors de leurs conclusions, les Pensions donneront lieu [...] à la constitution ou, le cas échéant, à la rétrocession d'une Marge pour tenir compte de l'évolution de la Valeur des Titres mis en pension dès lors que les Pensions seront conclues pour une durée supérieure à 24 heures ». Sur l'existence de cette règle sous l'empire de la convention-cadre approuvée par le gouverneur de la Banque de France le 15 décembre 1994, v. P. de Lapasse, « La convention-cadre relative aux opérations de pension », *Bulletin de la Banque de France*, n° 13, janv. 1995, p. 96 et s.

² C'est ce qui ressort de l'art. L. 313-27, al. 1 CMF à propos de la cession Dailly.

³ Ce qui sera le cas pour la future cession de droit commun à titre de garantie, v. l'art. 1323, al. 3 C. civ. : « le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers ».

⁴ V. G. A. Lange, « La cession massive de créances à titre de garantie en droit allemand », *RDBB* sept.-oct. 1993, p. 195 et s., ainsi que C. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *RIDC* vol. 37, n° 1, janv.-mars 1985, p. 41 et s.

créancier¹. Cet exemple n'est pas limitatif, et l'on pourrait tout aussi bien imaginer une convention-cadre de nantissements de créance. Cependant, cette faculté d'adaptation paraît à même de causer un préjudice important aux tiers, ce qui implique de s'interroger sur son efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant.

2 – L'efficacité des sûretés sur actifs financiers

853. Le problème de la validité des clauses d'arrosage. On imagine assez facilement comment la souplesse des différentes sûretés sur actifs financiers pourrait servir à frauder les droits des tiers. Devant la défaillance imminente de son débiteur, le créancier demanderait le renforcement de sa garantie au cours de la période suspecte, puis invoquerait le fait qu'il ne s'agit que d'un complément de sûreté trouvant son origine dans un accord antérieur à la détérioration de la situation du cocontractant. Les nullités de la période suspecte seraient alors impuissantes, les parties n'ayant pas conclu une sûreté pour garantir une dette antérieure². Toutefois, la jurisprudence a précisé le sens de ce texte en indiquant sa volonté de sanctionner les substitutions de sûretés dissimulant en réalité une augmentation de la protection du créancier bénéficiaire. Si la validité des clauses de substitution qui n'augmentent pas l'assiette de la sûreté est reconnue, c'est que les biens initialement grevés sortent du patrimoine du constituant, acte de disposition qui ne doit pas nuire au créancier bénéficiaire. En revanche, la mise en œuvre des clauses d'arrosage et d'accroissement conduit à une situation très différente, étant donné que les biens initialement grevés demeurent dans le patrimoine du constituant, quoique leur valeur ait diminué, et que de nouveaux biens intègrent l'assiette de la sûreté. Il ne semble pas possible de conclure à la neutralité de la modification vis-à-vis des tiers alors qu'une portion plus importante du patrimoine du constituant est affectée à la garantie d'un seul créancier, ce qui diminue d'autant les chances de paiement de ses concurrents. Encore une fois, il faut se

¹ Sur ce mécanisme, v. E. Cashin-Ritaine, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, préf. F. Ranieri, avant-propos F. Jacquot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 348, 2001, n° 641 et s., p. 390 et s. ; C. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », art. précité, p. 41 : « grâce à la décomposition de l'opération en deux stades, la cession-cadre assure une parfaite adéquation de l'assiette de la sûreté au montant du crédit à garantir, ce qui permet d'écartier tout risque de sûreté excessive et les conséquences néfastes qui en résultent ». Il est à noter que la convention-cadre confère généralement à la banque cessionnaire un pouvoir de sélection l'investissant du droit de refuser la cession des créances qu'elle juge douteuses, v. S. Jolly, « Un procédé original de cession de créances en droit allemand : la Mantelzession », *Banque* mars 1975, p. 278.

² V. *supra*, n° 680 et s.

prononcer sur le point de savoir si la qualité de créancier emporte des risques que la sûreté réelle peut diminuer, ou bien si la sûreté doit conférer un droit inaltérable à la valeur d'une portion du patrimoine du constituant, éliminant ainsi tout risque d'impayé, ce qui ne peut se faire qu'au détriment des tiers.

854. La multiplication des droits exclusifs portant un coup sévère à l'organisation des procédures collectives, il nous semble que la diminution fortuite de la valeur de l'assiette est un risque que le créancier doit supporter. De la même manière que le créancier chirographaire subit le risque de diminution de la valeur du patrimoine de son débiteur, le titulaire d'une sûreté réelle est exposé à ce que l'assiette de sa sûreté devienne insuffisante pour couvrir intégralement le paiement de sa créance. Lorsque cette évolution se produit du fait de facteurs intrinsèques, à l'exemple de la diminution de la valeur des biens composant l'assiette du droit de poursuite, ni le créancier chirographaire, ni le titulaire d'une sûreté ne sont fondés à se plaindre. Ne bénéficient-ils pas, réciproquement, des événements augmentant la valeur du patrimoine du débiteur en général ou de l'assiette de la sûreté en particulier ? Ce n'est que lorsque l'assiette du droit de poursuite du constituant est amoindrie du fait du débiteur, du constituant ou d'un tiers, qu'ils disposent de moyens de défense¹. Par conséquent, il nous apparaît qu'il faut conclure à la nullité, sur le fondement de l'article L. 632-1, 6° du Code de commerce, de la modification de l'assiette d'une sûreté effectuée en période suspecte sur le fondement des clauses d'arrosage et d'accroissement. En l'absence de texte s'opposant à cette solution, elle peut s'appliquer sans difficultés à toutes les sûretés situées hors du domaine du droit financier, où la situation est plus complexe.

¹ V. *supra*, n° 576 et s., ainsi que C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020, n° 81, p. 86 : « à la différence du renouvellement des biens composant l'ensemble grevé, une telle pratique accroît l'assiette de la sûreté. C'est dire que le gage commun sera notablement obéré, puisqu'il sera loisible au bénéficiaire de se réserver une valeur intangible en appauvrissant les créanciers concurrents des actifs nouvellement grevés. Une telle évolution, déjà critiquable sur le terrain du droit des sûretés, l'est davantage encore en période suspecte : les fluctuations du patrimoine, la baisse des cours, la dépréciation des biens initialement grevés seront systématiquement et exclusivement supportés par les autres créanciers », ou encore, traitant spécifiquement de cette question dans le cadre du nantissement de compte-titres, H. Synvet, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », in *Droit et actualité – Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, n° 21, p. 729 : la diminution de la valeur de l'assiette « est le risque qui pèse sur tout titulaire d'une sûreté réelle spéciale : il est appelé à subir les conséquences d'une diminution de la valeur des biens qu'il a accepté de recevoir en garantie [...] le débiteur ne saurait réserver à l'avance à l'un de ses créanciers un montant déterminé d'actifs, à prendre dans un patrimoine susceptible de fluctuation à la baisse ».

855. En effet, à première vue, certains textes de droit financier semblent s'opposer à la limitation de l'efficacité des sûretés sur le fondement des nullités de la période suspecte. C'est tout d'abord l'article L. 211-40 du Code monétaire et financier, qui prévoit que les garanties financières ne sont pas soumises aux règles du Livre VI du Code de commerce. Suivant une interprétation littérale du texte, il faudrait conclure à l'inapplicabilité des textes relatifs aux nullités de la période suspecte et donc à la validité, en toute hypothèse, des modifications apportées à l'assiette de la sûreté quelles que soient les dates auxquelles elles ont pu être effectuées. Ce serait toutefois sans compter avec le considérant 16 de la directive « *Collateral* » réservant expressément la possibilité de sanctionner les constitutions et compléments de garanties ayant pour but de frauder les droits des tiers¹. Les textes relatifs à la période suspecte correspondant parfaitement à ce cas de figure, il est possible de conclure à leur applicabilité et donc à la nullité des faux compléments de garanties financières tendant à augmenter la valeur de l'assiette ainsi qu'aux véritables compléments qui n'ont pour but que de compenser sa diminution fortuite, réalisés respectivement sur le fondement d'une clause d'accroissement ou d'une clause d'arrosage.

856. En revanche, plus complexe est la question de l'applicabilité de ces textes au nantissement de compte-titres. Le Code monétaire et financier prévoit en effet que les titres financiers et les sommes d'argent qui complètent l'assiette de la sûreté au cours de son fonctionnement « *sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale* »². Si le nantissement a été conclu avant le début de la période suspecte, les modifications apportées à son assiette rétroagissent alors à cette date, ce qui empêche le

¹ « *La bonne pratique des marchés financiers, favorisée par les autorités de régulation, selon laquelle les opérateurs gèrent et limitent leur risque de crédit réciproque par des mécanismes de garantie financière complémentaire (top-up collateral), où le risque de crédit et la garantie financière sont mesurés sur la base de leur valeur de marché (mark-to-market), le créancier pouvant ensuite réclamer un complément ou restituer un éventuel excédent de garantie financière, devrait être préservée de certaines règles de nullité automatique. Il en va de même pour la possibilité de remplacer des actifs remis en garantie par d'autres actifs pour la même valeur. L'intention est simplement de veiller à ce que la constitution d'une garantie financière complémentaire ou de remplacement ne puisse être remise en question uniquement parce que les obligations financières couvertes existaient avant cette constitution ou parce que cette constitution est survenue au cours d'une période déterminée. Cela ne porte cependant pas atteinte à la possibilité de remettre en cause conformément au droit national le contrat de garantie financière, la constitution de la garantie initiale ou la constitution d'une garantie financière à titre complémentaire ou de remplacement, par exemple lorsque cela a été fait sciemment en vue de nuire aux autres créanciers (y compris les actions fondées sur la fraude ou des règles similaires en matière de nullité qui peuvent s'appliquer pendant une période déterminée)* » (c'est nous qui soulignons).

² Art. L. 211-20, I CMF.

prononcé de la nullité prévue à l'article L. 632-1, 6° C. civ¹. Mais ne serait-ce pas accorder trop d'importance au contenant, le compte, au détriment du contenu, les titres financiers ? Nombre de voix autorisées estiment que le nantissement de compte-titres porte en réalité sur les titres financiers et non sur le compte. Cette idée peut être appuyée par l'intervention réglementaire introduisant dans le Code monétaire et financier le nantissement de titres financiers inscrits en *blockchain*, au sein d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé (« DEEP »)². L'inscription dans le DEEP remplace l'inscription en compte³, ce qui a nécessité de prévoir un autre mode d'identification des titres nantis. L'équivalence instituée entre l'inscription en compte et l'identification des titres financiers nantis par le procédé informatique du topage⁴ a donc pris une nouvelle dimension, le nantissement de titres inscrits dans un DEEP ne pouvant s'extérioriser par le virement sur un compte spécial. Faut-il alors voir dans le compte autre chose qu'une modalité d'identification des biens grevés, une « *photographie* »⁵, soit un mode de preuve de la composition de l'assiette de la sûreté⁶ ? En faisant du compte l'objet de la sûreté, le but des interprètes a clairement été d'étendre l'assiette de la garantie au maximum afin de

¹ V., favorables à cette idée, J.-J. Daigre et M. Roussille, « L'ordonnance du 24 février 2005 sur les garanties financières », *Dr. et Patr.* sept. 2005 : « la règle [...] répond à une question de la pratique concernant le sort des instruments financiers venus ainsi élargir l'assiette du compte nanti, dont l'enjeu s'exprimait en cas de procédure collective du constituant. Elle permet de faire échapper les remises postérieures à la constitution du gage à la nullité de l'article L. 621-107, I, 6°, en cas de cessation des paiements du constituant : toute garantie consentie durant la période suspecte est nulle de plein droit si elle est constituée après la naissance de l'obligation principale. Ainsi, toute inscription en compte d'instruments financiers après la constitution du gage, c'est-à-dire, par hypothèse, après la naissance de l'obligation principale, était susceptible de tomber sous le coup de cette nullité. Ce risque est désormais évacué. Par ailleurs, en précisant que le texte a un caractère interprétatif, le législateur en assure la rétroactivité, de sorte que toutes les remises venues compléter des gages de compte en cours échappent à la nullité ».

² V. l'ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers ainsi que le décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons.

³ Art. L. 211-3 CMF.

⁴ Art. L. 211-20, II CMF.

⁵ H. Synvet, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », art. précité, n° 14, p. 725.

⁶ Rapp. M. Julienne, « Le nantissement de titres financiers inscrits en *blockchain* », in V. Magnier et P. Barban (dir.), *Blockchain et droit des sociétés*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2019, n° 8, pp. 54-55 ; M. Julienne et S. Praicheux, « Réforme du Code civil, crise financière, blockchain : où en sont les garanties financières ? », art. précité, n° 17, estimant que lorsque le CMF intègre les sommes d'argent générées par les titres ou produites par leur vente dans l'assiette du compte nanti tenu par une personne non habilitée à recevoir des fonds du public, « l'unité proclamée du compte nanti est bien sûr parfaitement fictive, et ne saurait masquer l'existence d'une dualité de sûretés (l'une portant sur des titres et l'autre, dérivant de la première, sur de l'argent) » ; ainsi que n° 22, faisant du compte une notion à « caractère purement fonctionnel » ; D. Robine, « Le gage de compte d'instruments financiers », art. précité : « la preuve de la composition de l'assiette du gage peut s'effectuer [...] au moyen du virement. Le gage ne porte pas, en effet, sur un compte titres, mais sur des instruments financiers formant un sous-ensemble : le compte gagé. Ce compte gagé peut être constitué par un virement sur un compte spécial. Toutefois, prenant en considération la difficulté qu'il y a parfois à créer un compte spécial et l'habitude qu'avaient certains teneurs de compte de produire une simple attestation de blocage de titres, la réforme opérée par la loi du 2 juillet 1996 a validé l'utilisation d'un identifiant informatique. Il s'agit de faire précéder certaines lignes du compte d'un astérisque. Dans ce cas, les instruments financiers sont dits « topés » ».

protéger son bénéficiaire des vicissitudes de la procédure collective du constituant¹. Aucune règle similaire n'a été posée dans le Code civil à propos du gage et du nantissement portant sur une universalité de biens, ce qui laisse à penser qu'elle repose exclusivement sur l'idée que les sûretés sur actifs financiers devraient être plus efficaces que les autres, en raison des caractéristiques propres à leur assiette.

857. Suivant le droit commun, une règle de conflit inspirée de l'article 2287 du Code civil devrait s'appliquer et assurer la prééminence des règles du droit des procédures collectives. Si, d'un point de vue purement probatoire, les titres financiers inscrits en compte qui complètent l'assiette d'un nantissement sont réputés l'intégrer à la date de sa constitution, le droit des procédures collectives peut ignorer cette fiction et considérer la date véritable de l'ajout, et ainsi l'annuler s'il a été conclu en fraude des droits des autres créanciers, compensant une diminution fortuite de la valeur de l'assiette de la garantie². Réciproquement, rien ne s'oppose à la constitution d'un complément de sûreté en contrepartie d'un nouveau crédit³. La structure de l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier est parfaitement compatible avec cette solution, étant donné que sa lettre distingue soigneusement les opérations de substitution et de complément de titres financiers. La substitution, patrimoniallement neutre, doit être autorisée, alors que le complément, qui nuit aux tiers, doit être annulé⁴, afin de ne pas commettre avec le

¹ V., exposant cette idée, H. Synvet, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », art. précité, n° 12, pp. 723-724 : « pour certains, notamment dans les cercles bancaires, la mention par la loi d'un complément permettrait, pendant la durée du gage, de soumettre à celui-ci des instruments financiers virés à cet effet sur le compte, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle déclaration de gage ; ainsi pourraient être commodément mises en œuvre les clauses dites « d'arrosage » ». Pour des auteurs favorables à cette vision des choses v. F. Auckenthaler, « Nantissement de compte de titres de second rang », *Droit des sociétés* nov. 2016, étude 15, n° 12 : « même si le système actuel est un peu ambigu sur ce point, l'objectif du nantissement est en principe le compte et non les titres qui y figurent » ; A. Gauvin et G. Eliet, « Transposition en droit français de la directive « collatéral » », *RDBF* mars 2005, 74 ; P.-G. Marly, « De quelques avatars du gage de compte d'instruments financiers », *Banque et Droit* sept.-oct. 2005, p. 34 : « l'objet du gage n'est pas une addition de valeurs inscrites en compte, mais un compte substitué aux valeurs qui le composent » ; D. R. Martin, « Quel gâchis ! », art. précité, n° 3-4, très fortement attaché à ce que le compte soit considéré comme l'objet du nantissement dans la mesure où il en fait une « idée, neuve, moderne, dynamique et pleine de virtualités » dont la neutralisation reviendrait à « choisir le cabotage contre le long cours, l'ancrage contre la haute mer, le rivage contre le grand large, bref, l'ethnique contre l'universel ».

² En ce sens, H. Synvet, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », art. précité, n° 21, p. 729 : « nous avons ici une certaine réticence à accepter que le compte d'instruments financiers puisse être alimenté pour maintenir la valeur de la garantie offerte au créancier. Par hypothèse, en effet, la créance est née antérieurement à la remise. Par hypothèse également, la valeur des instruments financiers initialement engagés est devenue insuffisante pour couvrir de façon satisfaisante une éventuelle défaillance du débiteur [...] Les instruments financiers appelés à servir de « complément de valeur » seront nécessairement prélevés sur l'actif libre du débiteur, au détriment de ses autres créanciers ; cela conduit à condamner l'opération, si elle devait intervenir en période suspecte ».

³ V. not. *ibid.*, n° 21, p. 728 et s.

⁴ Comp., D. Legeais, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 372 : « les substitutions ou remplacement des biens assiette de la garantie peuvent alors être largement admis dès lors qu'ils n'altèrent pas sa valeur », ou encore H. Le Nabasque, J.-M. Gaillard et M. Baffreau, « L'assiette du nantissement de

nantissement de compte-titres la même erreur qu'avec le compte courant, autrefois assimilé à un « *trou noir* »¹ faisant échapper toutes les créances du débiteur au droit de gage général des créanciers concurrents du banquier². Il faut en effet être très prudent avec l'idée d'efficacité supérieure des sûretés sur actifs financiers, qui est née dans le contexte du droit financier avant de s'en échapper pour soustraire de plus en plus de sûretés aux contraintes de la procédure collective.

858. Financiarisation des sûretés et procédures collectives. Les titulaires de garanties financières et de fiducies du droit bancaire et financier échappent largement aux conséquences de la procédure collective ouverte à l'encontre de leur débiteur. De même, le bénéficiaire d'un nantissement de compte-titres peut se retrancher derrière son droit de rétention légal afin d'atténuer les conséquences dommageables de la soumission à la discipline collective. L'existence de ce droit de rétention se comprend bien, du moins dans les hypothèses où, par l'intermédiaire du teneur de compte, le bénéficiaire exerce effectivement son emprise sur le fonctionnement du compte-titres³. Il dispose alors d'un véritable pouvoir de blocage empêchant

compte d'instruments financiers », art. précité, p. 91 : « *le mécanisme de la substitution est, sans doute, une application singulière du mécanisme de la subrogation réelle* ».

¹ Ph. Théry, « L'EIRL, ou la prise de la Bastille », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, n° 5, p. 696, décrivant un système dans lequel « *le compte courant était un instrument de garantie qui permettait d'affecter au profit exclusif du banquier les créances de son client, les tiers devant se contenter, si l'on peut dire, de regarder couler ces flots d'actifs sur lesquels ils n'avaient plus aucun droit* ».

² L'indivisibilité du compte courant poussait ainsi la Cour de cassation à se prononcer en faveur de l'inefficacité de la saisie-arrêt pratiquée sur un compte courant en cours de fonctionnement. En effet, avant la clôture du compte et le règlement du solde, « *le créancier de l'une d'elles ne [pouvait], par une saisie, détourner les valeurs comprises au compte de leur affectation convenue* » (Civ., 23 janvier 1922). Cette décision avait été farouchement critiquée par Esmein, qui affirmait que l'on va trop loin « *quand enfin on parle d'indivisibilité, qu'on érige en principe général, régissant, non pas seulement les rapports des parties entre elles, mais aussi leurs rapports avec les tiers, devant qui on élève comme un mur qui leur interdit tout accès au compte et toute vue pour savoir ce qui s'y passe, tout ce qui peut s'y passer à leur détriment* » (S. 1923. 1. 227, col. milieu). Cette formule s'applique à merveille à ce que certains auteurs essaient de faire du nantissement de compte-titres : les parties peuvent certes faire évoluer l'assiette de leur garantie comme elles l'entendent, mais ces modifications doivent être patrimonieusement neutres à l'égard des tiers, sous peine de leur être inopposables.

³ En ce sens, D. Fasquelle, « Le nantissement de valeurs mobilières », art. précité, n° 45, ainsi que P. Le Cannu, « Le nantissement conventionnel des actions », *BJS* nov. 1993, p. 1091 et s., spé. n° 12 : « *dans le mécanisme aujourd'hui en place du fait de la dématérialisation, le moyen de retenir les titres jusqu'à complet paiement existe facilement : il suffit au gagiste de ne pas donner au teneur de compte la permission de virer ces titres du compte de nantissement vers un autre compte* ». On peut alors douter du fait que le bénéficiaire d'un nantissement de titres financiers inscrits en *blockchain*, dans un DEEP, soit titulaire d'un droit de rétention. Comment se manifesterait son pouvoir de blocage, faute de teneur de compte ? Rapp. A. Couret, H. Le Nabasque, M.-L. Coquelet, T. Granier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobelle et D. Robine, *Droit financier*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2019, n° 1480, p. 1154, ainsi que J.-D. Pellier, « Droit de rétention et nantissement de titres financiers », *D.* 2019. 1846. La portée de ce droit de rétention a été discutée, un auteur affirmant que les titres nantis demeurent librement cessibles après la conclusion du nantissement, v. G. Blanluet, « La cession d'actions nanties », *D.* 1999.109, n° 8 et s. Il est vrai que ce droit est reconnu au bénéficiaire quelles que soient les conditions dans lesquelles le constituant conserve le droit de disposer des titres (art. L. 211-20, IV CMF). Le débat paraît cependant assez stérile aujourd'hui, l'art. L. 211-20 CMF prévoyant l'intégration à l'assiette du nantissement des fruits et produits des titres nantis comme de ceux qui viennent en remplacement. Le droit de rétention du créancier nanti qui ne dispose pas du pouvoir d'empêcher le transfert des titres financiers semble toutefois singulièrement dépourvu de substance, au point qu'on le confonde avec un privilège de premier rang lorsqu'il ne vient à porter que sur le produit de la vente des titres nantis.

le constituant de transférer ses titres financiers à un tiers, au contraire du gagiste sans dépossession qui, en bonne logique, ne devrait se voir reconnaître une telle faveur¹.

859. Si certaines de ces situations d'exclusivité sont régulièrement critiquées², c'est la financiarisation des nantissements et cessions de créance ou de monnaie à titre de garantie qui constitue la tendance la plus préoccupante du droit des sûretés non-hypothécaires. En effet, l'idée s'est insinuée au fil des textes que les sûretés sur actifs financiers confèrent nécessairement des droits exclusifs³. C'est ainsi que nombre d'auteurs déduisent du droit au paiement du créancier bénéficiaire d'un nantissement de créance la possibilité d'ignorer les règles de la procédure collective pour percevoir le paiement de la créance nantie⁴. C'est également l'idée qui ressort de l'avant-projet de réforme porté par l'Association Henri Capitant qui propose de décalquer le régime des garanties financières dans le futur nantissement de monnaie scripturale, en lui faisant bénéficier de l'immunité totale au droit des procédures collectives qui n'appartient jusque-là qu'au droit financier⁵. On voit alors apparaître une distinction claire entre les sûretés de droit commun et les sûretés sur actifs financiers. Le bénéficiaire d'une garantie appartenant à la première catégorie est tenu, sauf exception, de subir les contraintes de la procédure collective et de voir ainsi son paiement réduit par le concours avec les autres créanciers. A l'inverse, le titulaire d'une sûreté de la seconde catégorie voit la valeur de son assiette intégralement et exclusivement affectée à la garantie de sa créance, quelles que soient les difficultés qui puissent frapper le constituant ou le débiteur par la suite.

860. Comment justifier de telles règles qui reviennent à court-circuiter la procédure collective ? L'éviction du Livre VI du Code de Commerce en droit financier se justifie par la

¹ V. *infra*, n° 872 et s.

² Sur la critique de l'exclusivité des garanties financières conclues entre une entité réglementée et une société commerciale ainsi que celle des fiducies, v. *supra*, n° 664 et s.

³ M. Julienne et S. Praicheux, « Réforme du Code civil, crise financière, blockchain : où en sont les garanties financières ? », art. précité, n° 8 : « à regarder les choses de plus près, [la] tendance à s'échapper des contraintes liées aux procédures collectives paraît commune aux sûretés portant sur des actifs « financiers » (titres, monnaies et créances) » ; H. Synvet, « Les garanties financières », *RDBF* janv. 2007, dossier 1 : « par certains côtés, le droit commun n'est pas loin d'avoir rejoint le droit spécial des garanties financières [...] à y regarder de près, les différences entre les deux régimes ne sont pas considérables, et ne tournent pas toujours à l'avantage du droit spécial. Quant à la soustraction au droit des procédures collectives, si elle est proclamée par le Code monétaire et financier, elle est peut-être obtenue plus discrètement, dans le Code civil, à travers le droit à paiement direct reconnu au créancier nanti ».

⁴ V. *supra*, n° 245 et s.

⁵ V. not. C. Juillet, « Le nantissement de monnaie scripturale dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC* mars 2018, n° 17 : « Le nantissement de monnaie scripturale participe ainsi à l'émergence d'un droit spécifique des garanties portant sur des actifs financiers dont on peut craindre qu'il perturbe la protection de certains créanciers privilégiés ».

prévention du risque systémique¹, considération totalement absente de la relation liant le banquier et son client². Le seul fondement de l'exclusivité des nantissements hors du droit financier repose sur la nature de leur assiette, soit sur la volonté législative de favoriser les établissements de crédit par rapport à tous les autres créanciers³. Pourtant, il est tout à fait possible de considérer que les actifs financiers soient le support de sûretés préférentielles, ce qui implique de réduire les droits de leurs bénéficiaires dans le cadre des procédures collectives⁴. Il faut alors les soumettre au droit commun des sûretés dans les procédures collectives : hors du droit financier, si les garanties sur créances ou monnaie sont réalisées pendant le déroulement de la procédure, le créancier ne devrait pas être titulaire d'un droit intangible au paiement intégral mais simplement d'un droit sur une quote-part calculée par le tribunal, ou voir le montant perçu limité par un droit de prélèvement reconnu aux organes de la

¹ V. *supra*, n° 673.

² V. justifiant ces règles extrêmement dérogoatoires au droit commun par le particularisme du droit financier, c'est-à-dire l'importance de la maîtrise du risque, X. Lagarde, « Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? », *JCP G* 2005. doctr. 182, n° 16, indiquant qu'il est essentiel « que, sur les marchés financiers, aucune incertitude (ou presque) n'existe sur la bonne exécution des transactions. C'est également dans cette perspective que peut être envisagé le principe de sécurité du marché. Vu sous ce nouvel angle, les principes de transparence et de sécurité et les règles qu'ils impliquent ne doivent plus grand chose à des mécanismes de droit civil dont ils viendraient accroître l'efficacité. Ils répondent à une logique qui est celle de l'efficacité du marché en ce sens que transparence et sécurité concourent à ce que valeur et prix soit l'un et l'autre le reflet de l'information qui circule. Assez logiquement, ces règles de marché viennent en opposition avec les principes civilistes » ; H. de Vauplane, « La fiducie avant la fiducie – le cas du droit bancaire et financier », *JCP E* 2007. 2051, n° 8 : « la spécificité du droit bancaire et financier réside dans les objectifs qui lui sont propres et qui diffèrent de ceux du droit commun : assurer la sécurité des marchés financiers et de leurs acteurs afin de prévenir le risque systémique en mettant en place des systèmes de garanties particuliers destinés à couvrir le risque de crédit ou de défaillance d'une contrepartie, efficaces en toutes circonstances, en particulier en cas de « faillite » ou toute procédure étrangère équivalente. Il ne s'agit pas ici de protéger le débiteur défaillant, voire même de l'aider à se redresser. Au contraire, l'idée - assez darwinienne - est de concentrer les risques liés à la défaillance d'un intervenant sur celui-ci, quitte à le voir disparaître, même si cette défaillance ne le mettait pas en péril. À l'objectif traditionnel du droit des procédures collectives en France de protection du débiteur est substitué un objectif opposé de protection des créanciers, et par là même, de l'ensemble des acteurs du marché financier ». Rapp. A. Ghazi, préf. à la thèse de S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, p. 19, qualifiant les marchés financiers de « point de rencontre des risques assumés, voire recherchés ».

³ V., déjà, Ph. Théry, *op. cit.*, n° 248, p. 316 : « on peut s'étonner de la propension du législateur à faire aux banques – si utiles qu'elles soient – une situation plus favorable qu'au commun des créanciers ». Comp., en droit italien, M. Bussani, « Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle Italien des sûretés », *European Review of Private Law* vol. 6, n° 1, 1998, p. 28 : « alors que le recours au crédit s'affirme comme une technique rationnelle de gestion de l'entreprise, le rôle stratégique assumé par les établissements de crédit finit par renforcer l'exigence de ces derniers d'échapper au sort des créanciers 'communs' ».

⁴ V., à propos du nantissement de créance, *supra*, n° 254 et s. En un sens similaire, v. C. Juillet, « Un retour aux sources pour le droit de rétention », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, n° 33, p. 53 : « cette exclusivité ne s'impose pas avec la force de l'évidence et, en tout cas, ne résulte nullement de la nature des choses. En effet, ce n'est pas parce que le nantissement porte sur des actifs financiers que le nantissement doit cesser d'être une sûreté préférentielle. La quasi-liquidité de son assiette justifie sans doute des modes de réalisation simplifiés. Mais ces modes de paiement simplifiés n'ont pas pour conséquence intrinsèque le paiement du créancier nanti. Les modes de réalisation font simplement apparaître la contre-valeur monétaire de l'actif nanti. À partir de là, comme pour n'importe quel autre actif, on peut tout à fait concevoir que s'établisse un classement entre le créancier nanti et les autres créanciers privilégiés », ou encore, à propos du nantissement de compte-titres, D. Robine, « Le nantissement de compte-titres confronté au droit des procédures collectives », in A. Couret et C. Malecki (dir.), *Les défis actuels du droit financier*, Joly éditions, 2010, n° 15, p. 295 : « il n'est pas souhaitable que le nantissement de compte-titres soit, à l'instar des garanties financières des articles L. 211-38 et suivants du Code Monétaire et Financier, immunisé contre les procédures collectives, sauf à priver ces procédures au final de toute utilité ». V. également, en droit belge, T. Hürner, « Aspects controversés des sûretés et privilèges financiers », *Forum Financier / Droit bancaire et financier*, 2008/1, *passim*.

procédure, et ce afin d'aboutir à un équilibre entre les intérêts du créancier, du débiteur et des tiers. Il faut donc dé-financiariser les sûretés sur actifs financiers¹. Dans le cas contraire, la situation actuelle se perpétuera et ses excès s'exacerberont, la procédure collective étant écartelée entre quelques établissements de crédit titulaires de droits exclusifs réalisables immédiatement sur tous les actifs de l'entreprise, protégés contre l'imposition de délais et remises en cas de plan de sauvegarde ou de redressement, sans espoir de redressement pour le débiteur ni de paiement pour les autres créanciers.

861. Vers la dé-financiarisation des sûretés sur actifs financiers. Le retour des nantissements – entendus largement comme toutes les sûretés sur meubles incorporels – dans le giron du droit commun des sûretés en procédure collective est donc une nécessité pour assurer la viabilité du système. L'harmonisation des différents nantissements ne peut alors présenter qu'une portée limitée. Il faut d'abord distinguer les sûretés du droit financier, c'est-à-dire les fiducies spéciales, les garanties financières et le nantissement de compte-titres, obéissant à quelques règles dérogatoires qui leur sont propres², des autres sûretés sur créances et monnaies, qui devraient idéalement être soumises au droit commun. Au sein de cette deuxième catégorie, il paraît impossible de réduire la diversité des garanties. En effet, les biens incorporels possèdent tous des caractéristiques particulières qui nécessitent le maintien de régimes spéciaux, parfois constitués d'un seul article. L'architecture du droit des nantissements devrait alors être composée de trois strates. La première est celle des dispositions spécifiques, qui se trouvent hors du Code civil, et qui ont préséance sur le droit commun. On peut ainsi indiquer, à titre d'exemple, les règles relatives à l'agrément dans les nantissements de parts sociales³.

¹ V., déjà défavorable à la financiarisation des sûretés sur ce point, D. Legeais, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », art. précité, p. 370, refusant que le droit des procédures collectives puisse être considéré comme « *un droit à la carte* ».

² Et, bien sûr, au droit commun des sûretés réelles toutes les fois que le CMF n'y déroge pas expressément.

³ En effet, bien que les parts sociales soient des créances (v. Civ. 3^e, 15 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 71, p. 59 [n° 04-19337]). Dans cette affaire, la Cour de cassation, après avoir distingué les créances et autres droits incorporels dans son attendu de principe, se réfère aux parts sociales vendues comme à « *la créance cédée* », il s'agit de créances très particulières, qui confèrent des droits politiques permettant de participer à la vie de la société. La défaillance d'un associé ayant donné ses parts en garantie peut donc conduire à l'arrivée dans la société d'un nouvel associé, ce qui pourrait être problématique lorsqu'il existe une procédure d'agrément. Il n'est pas possible de faire entrer automatiquement le créancier de l'associé dans la société, faute d'*intuitus personae*, mais il n'est pas davantage acceptable de le soumettre, en cas d'attribution des parts, à la procédure d'agrément une fois la sûreté réalisée. C'est la raison pour laquelle une procédure spécifique a émergé au sein des nantissements de parts sociales. L'associé peut ainsi demander soit à la société, soit aux autres associés, de donner leur consentement au projet de nantissement. S'ils y consentent, le cessionnaire des parts bénéficiera de l'agrément, après notification de la réalisation forcée de la sûreté à la société, ce qui ne fait pas échec à la faculté de substitution des autres associés ou à la possibilité pour la société d'acquiescer ces parts sociales afin de les annuler. Dans le cas contraire, il peut encore y avoir agrément si les associés décident de ne pas exercer leur faculté de

862. La deuxième est celle du droit commun « familial », le corps de règles vers lequel il faut se diriger pour résoudre une question spécifique aux sûretés sur créances ou monnaie. Cette strate, composée aujourd'hui du droit commun du gage, devrait demain être constituée des articles 2356 et suivants du Code civil, le régime du nantissement de créance¹. Il nous semble que les dispositions régissant cette sûreté – auxquelles on ajoute leur interprétation jurisprudentielle – sont suffisamment à même de combler les failles des autres sûretés sur créances du fait de la modernité de son régime². A notre sens, l'harmonisation passerait par la soumission de toutes ces sûretés à une formalité d'inscription à peine d'inopposabilité³. Toutefois, si cette proposition était considérée comme nuisible, le droit commun des sûretés sur créances s'organiserait alors autour d'une opposabilité à la date de l'acte, renforcée d'une opposabilité au débiteur de la créance affectée en garantie par la notification. Les nantissements de parts de sociétés civiles dérogeraient alors au droit commun du fait de la nécessité de l'inscription au registre du commerce et des sociétés, et un texte spécial devrait être prévu pour organiser une publicité des nantissements de parts de sociétés commerciales, la suppression du renvoi au droit commun du gage ne pouvant avoir pour conséquence le passage de cette garantie dans la catégorie des sûretés occultes.

863. Enfin, la troisième strate concerne le droit commun des sûretés réelles⁴, apte à répondre à toutes les questions auxquelles ni les dispositions spécifiques, ni le régime du nantissement de créance ne peuvent répondre. La diversité des nantissements serait alors

substitution. Enfin, si les associés sont véritablement opposés à l'entrée d'un nouvel associé dans leur société, ils peuvent en décider la dissolution. Cette procédure, particulièrement détaillée en matière de nantissement de parts de sociétés civiles (art. 1867 et s. C. civ., ainsi que les art. 49 et s. du décret du 3 juillet 1978), existe aussi dans les sociétés civiles de placement immobilier (art. L. 214-97 CMF), ainsi que dans les sociétés à responsabilité limitée (art. L. 223-15 C. com.). Rapp., déjà, J. Carbonnier, « La mise en gage des parts d'intérêt dans les sociétés de personnes », *Revue des sociétés* juin 1937, p. 175, qui estimait que « c'est le rôle joué par l'intuitus personae qui constitue la pierre d'achoppement pour la mise en gage des parts d'intérêt ».

¹ En ce sens, M. Cabrillac et S. Cabrillac, « Gage – Formes particulières de nantissement commercial », fasc. précité, n° 1 : « il n'y a pas et il ne saurait y avoir un régime général de nantissement ; tout au plus doit-on admettre que le nantissement des créances fait figure de modèle et doit, si possible, servir de référence » ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 671, p. 625 : « l'article 2355 du Code civil renvoie au droit des biens corporels ; les biens incorporels qui ne sont pas des créances sont traités comme des biens corporels. Cela vaut notamment pour la monnaie scripturale ou les parts de SARL [...] ce renvoi ne va pas de soi : il eût été plus simple de renvoyer au droit du nantissement de créances, notamment parce que la dépossession n'est pas ici évidente, à moins que le bien ne soit représenté par un titre ».

² Le régime du nantissement de créance du Code civil constitue d'ores et déjà le droit commun du nantissement de police d'assurance-vie, selon l'art. L. 132-10 C. ass.

³ Les nantissements de droits d'auteur gagneraient beaucoup à ce que le régime du nantissement de créance inscrit à peine d'inopposabilité constitue le nouveau droit commun des sûretés non-hypothécaires sur meubles incorporels. Il paraît difficile d'y recourir aujourd'hui, faute de système de publicité organisé, ce qui fragiliserait fortement le droit du créancier assez téméraire pour s'en contenter, v. J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », art. précité, n° 13, ainsi que J.-P. Stenger, « Le gage des droits de propriété intellectuelle », art. précité, p. 16.

⁴ V. *supra*, n° 495 et s.

maintenue, mais le droit positif largement simplifié du fait du rôle unificateur du droit commun et du régime du nantissement de créance. Les sûretés spéciales ne survivraient alors qu'au travers d'une poignée de dispositions qui leur seraient propres. En revanche, le maintien d'une telle diversité ne se justifierait pas dans le domaine des gages. Les meubles corporels présentent bien souvent les mêmes caractéristiques, ce qui devrait permettre de réunir la plupart des garanties portant sur ces biens, sauf exception, sous la bannière du gage du Code civil.

B) Vers la fusion du droit commun du gage et des gages spéciaux

864. Rapports entre gage de droit commun et gages spéciaux. Si la clarification du droit des garanties sur meubles corporels ne nécessite pas de bouleversement, c'est que le législateur de 2006 a déjà résolu bien des difficultés. En faisant des articles 2333 et suivants du Code civil un véritable « *droit commun du gage* », il a organisé une hiérarchie cohérente entre le gage du Code civil, qui peut porter sur tout meuble corporel, et les gages spéciaux, répartis dans les autres Codes. Cette hiérarchie s'exprime parfois de façon explicite, lorsque le régime du gage des stocks renvoie aux dispositions de droit commun à propos des questions qui ne sont pas traitées par le Code de commerce¹, ou encore lorsque les textes relatifs au gage automobile se réfèrent aux modes de réalisation du gage de droit commun². La jurisprudence en a tiré toutes les conséquences en reconnaissant l'aptitude des règles composant le régime du gage du Code civil à pallier les manques affichés par les régimes spéciaux³.

865. Réciproquement, les gages spéciaux ont souvent tenu le rôle de laboratoire des innovations législatives. De nouvelles règles ont vu le jour dans le cadre d'activités très particulières – l'agriculture, l'hôtellerie, le commerce du pétrole... – avant d'être étendues au gage du Code civil une fois leur intérêt démontré. Il n'est qu'à songer à la possibilité de constituer un gage sans dépossession, ou au traitement de la fongibilité de l'assiette de la sûreté. Il nous semble toutefois que cette évolution n'est pas allée à son terme : si les gages spéciaux ont été institués dans le but de contourner les limitations du gage de droit commun, quelle est

¹ Art. L. 527-1, al. 3 C. com.

² Art. 2353 C. civ.

³ Civ. 1^{er}, 12 novembre 2015, précité.

leur utilité une fois les innovations intégrées à l'économie de la sûreté-modèle¹ ? A l'heure d'une nouvelle réforme insistant sur l'attractivité du droit des sûretés, pourquoi ne pas aller jusqu'au bout en supprimant tous les gages spéciaux sans dépossession², tout en enrichissant le gage du Code civil des règles permettant de le moderniser³ ? La nature des meubles corporels ne s'oppose pas à cette unification : si l'on comprend parfaitement que de la monnaie, une créance ou un compte-titres nécessitent des modalités différentes d'affectation en garantie, il n'en va pas de même dans le domaine qui nous occupe actuellement. Les stocks demeurent des stocks, qu'ils portent sur des produits agricoles ou pétroliers. Les automobiles, le matériel d'outillage, les meubles équipant les hôtels présentent des caractéristiques similaires qui exposent les bénéficiaires de sûretés portant sur ces biens aux mêmes risques. Il nous apparaît ainsi que tous les gages spéciaux⁴ pourraient disparaître au prix d'une réflexion sur quatre points

¹ Comp., en droit belge, I. Moreau-Margrève, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », in *Liber Memorialis François Laurent*, E. Story-Scientia, 1989, p. 584 : « du point de vue légistique en tout cas, s'impose à notre avis, particulièrement pour les gages, un effort de systématisation. N'est-il pas navrant de constater que diverses législations se renvoient l'une à l'autre, soit que les textes de l'une sont reproduits dans l'autre, maladroitement d'ailleurs parfois, soit que le législateur procède par simple référence [...] Une sorte de codification conduirait à la définition des règles communes à tous ou à certains mécanismes en cause. Elle conduirait aussi, parce qu'elle en rendrait la nécessité plus perceptible, à la solution des multiples conflits de rang qui peuvent surgir entre titulaires de sûretés réelles sur un même bien ».

² L'alternative gage avec dépossession/gage sans dépossession devrait être conservée, tant le droit de rétention matériel est efficace en procédure collective, v. *supra*, n° 691 et s. Le gage avec dépossession devrait cependant être réservé à l'affectation en garantie de biens dont le constituant peut se passer. On peut en revanche être circonspect quant à l'existence du gage des marchandises représentées par un reçu d'entreposage, prévu à l'art. L. 522-37-4 C. com. La pauvreté de son régime étonne : il ne comporte aucune disposition spécifique, si ce n'est l'organisation d'une publicité sur un nouveau registre spécial. Il dépend donc intégralement du droit commun, si ce n'est que l'art. L. 211-38, I CMF permet la constitution de garanties financières sur les marchandises constatées par un tel reçu. Le but premier de cette intervention législative semble donc de permettre à de nouveaux créanciers de bénéficier de l'immunité absolue aux règles du Livre VI du Code de commerce conférée à certaines garanties par le droit financier, v. N. Borga, « Le projet de loi PACTE et les titres d'entreposage : nouvelle entorse à la discipline collective ? », *BJE* janv. 2019, p. 8 et s., spé. n° 9 : « en réalité, on a l'impression que la constitution de ce gage sur les marchandises n'est pas au cœur des préoccupations du législateur. Son esprit est essentiellement tourné vers la constitution de garanties financières ayant pour assiette les marchandises représentées par le titre d'entreposage, garanties conduisant à une éviction des règles du livre VI ». Dès lors, le plus cohérent n'aurait-il pas été de réserver expressément cette sûreté au droit financier, plutôt que de laisser croire aux praticiens qu'ils disposent d'une nouvelle garantie, au régime bien trop embryonnaire pour être utilisée hors du domaine de la garantie des obligations financières ?

³ Il ne s'agit pas, en effet, d'organiser une harmonisation au moins-disant : la protection conférée aujourd'hui par un warrant agricole sur les récoltes du débiteur ne doit pas diminuer demain du fait de sa subsumption sous l'étiquette de gage du Code civil. Comp. toutefois, se prononçant en faveur de la disparition pure et simple des régimes spéciaux, J.-F. Riffard, « Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale : requiem ou status quo ? », art. précité, n° 29 et s.

⁴ Ces gages qu'il nous paraît opportun de supprimer sont au nombre de huit : les cinq warrants agricole, hôtelier, pétrolier, des stocks de guerre et industriel, auxquels il faut ajouter le gage de matériel et d'outillage, le gage automobile et, enfin, le gage des stocks. Il ne sera pas fait mention du gage commercial, appelé à disparaître du fait de la généralisation de sa technique de réalisation à toutes les sûretés constituées à des fins professionnelles, v. *supra*, n° 615 et s. Si certains demeurent utilisés aujourd'hui, regrettera-t-on vraiment les warrants commerciaux, ces « institutions mort-nées » dont on critiquait déjà l'échec il y a soixante-dix ans ? (G. Vivier, « Les précédents du warrant industriel : le warrant hôtelier, le warrant pétrolier, le warrant stocks », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 300 et s., spé. p. 345). L'avant-projet de l'association Henri Capitant propose ainsi la suppression des warrants de stocks de guerre, industriel et hôtelier. De même, si le gage automobile était si prisé de la pratique, on ne devrait pas se résigner à attendre, quatorze ans plus tard, qu'un décret soit pris afin de préciser ses conditions de publicité. « Cet intermède entre un moribond et un fœtus conduirait à douter de l'intérêt pratique du gage automobile » (M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 825, p. 616). Il semblerait toutefois que, faute de mieux, les préfectures

précis : le traitement de l'immobilisation par destination (1), la validité des clauses d'arrosage (2), la portée du droit de rétention (3) et le rang du droit de préférence¹ (4). Par ailleurs, il faut noter qu'un avantage immédiat résulterait de cette unification: la publicité serait automatiquement centralisée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le domicile ou le siège social du constituant, et ses effets seraient alors identiques quel que soit le type de meuble corporel considéré.

1 – Gages spéciaux et immeuble par destination

866. Difficultés en droit commun. Encore aujourd'hui, le Code civil ne consacre aucune règle au gage de meubles immobilisés par destination. Longtemps, la question n'a pas été d'une importance considérable en raison de l'exigence de dépossession du constituant aux fins de validité de la sûreté. Depuis que l'ordonnance du 23 mars 2006 a généralisé la possibilité de recourir au gage sans dépossession, l'intérêt pratique de pouvoir gager de tels meubles est indéniable. Il s'agit pourtant d'un repoussoir à créanciers, quelle que soit la date à laquelle l'immobilisation se produit. En effet, si le bien est immobilisé après la constitution du gage, la sûreté devient caduque : le gage ne pouvant porter que sur des meubles, un élément essentiel à sa validité disparaît au cours de son exécution². La situation n'est pas meilleure pour les parties lorsque l'immobilisation a eu lieu avant la mise en gage du bien. Dans cette situation, une jurisprudence constante en matière de nantissement de fonds de commerce affirme qu'une telle sûreté ne peut porter que sur les meubles qui ne sont pas immobilisés. On en déduit qu'il faut

continuent à appliquer le décret du 30 septembre 1953, v. E. Le Corre-Broly, « Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations », *D.* 2014. 440, n° 10. Il en va également de même pour le gage des stocks, dont les faibles atouts ne semblent pas suffisants pour lui permettre de primer ses concurrents, v. M. Béraud et A. Reygrobellet, « Des attraits, s'il en est, du nouveau gage des stocks du Code de commerce », *RLDC* avril 2016, n° 35 et s. Il n'y a guère que le warrant agricole qui continue à s'attirer les faveurs des praticiens aujourd'hui. Le droit belge a adopté une position radicale, qui est allé jusqu'à faire du gage la seule sûreté réelle mobilière, v. M. Grégoire, « Perspectives de droit des sûretés : vers une nouvelle maîtrise du risque », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 10, n° 4 : « en raison de la consécration généralisée de la possibilité de constituer et de rendre opposable aux tiers un gage sans dépossession par un enregistrement, plusieurs formes spéciales de gages peuvent être supprimées. Ainsi, en est-il du gage sur fonds de commerce, du privilège conventionnel du prêteur agricole, du warrantage et du gage commercial. Les biens formant l'assiette de ces différents types de gages peuvent, en effet, se trouver aisément grevés par le biais de l'enregistrement d'un gage dont les parties peuvent délimiter l'assiette sans devoir l'inscrire dans un cadre légal préétabli imposant le périmètre des biens grevés » ; M. Julienne, « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », art. précité, n° 3 et s.

¹ Rapp. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », art. précité, p. 928 : « Le droit spécial est l'instrument privilégié de la réforme mais souvent de la réforme maladroite, parce qu'ignorante du contexte juridique et des principes, ou encore de la loi de circonstance, adoptée dans la hâte et l'impréparation. Il en résulte que la loi spéciale est moins durable, plus éphémère que la loi générale, que le législateur hésite davantage à modifier ».

² En ce sens, A. Hontebeyrie, « Le gage sans dépossession et l'immeuble par destination », *JCP N* 2016. 1108, n° 2 ; M. Julienne, « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », art. précité, n° 6.

alors nécessairement constituer une hypothèque sur le local dans lequel l'activité professionnelle du constituant est exercée, qui s'étend automatiquement aux immeubles par destination¹. Toutefois, la constitution d'une telle sûreté coûte plus cher que celle d'un gage, se réalise moins facilement et gaspille le crédit du débiteur, qui aurait voulu n'affecter que le bien immobilisé à la garantie du paiement de son créancier². Il n'est alors possible de recourir au gage que si le propriétaire accepte de rompre l'immobilisation du bien, ce qui provoque une nouvelle difficulté. La jurisprudence estimant que, par un parallélisme des formes³, la rupture de l'immobilisation doit se faire de manière très apparente, de manière à en informer les tiers, il est indispensable de procéder matériellement à l'enlèvement du bien des locaux auxquels il était affecté⁴. On peut le regretter : en procédant de la sorte, l'on oblige le débiteur à porter une atteinte économique à l'intégrité de son activité⁵. Aucune des solutions offertes aux parties n'étant satisfaisante, le recours au gage sans dépossession sur un immeuble par destination est entravé.

867. Les solutions du droit spécial. Plusieurs solutions ont été évoquées par la doctrine, certains auteurs estimant notamment que l'inscription de la sûreté sur le registre des gages

¹ Req., 20 janvier 1913, S. 1920. 1. 33 : « les articles 8 et 9 de la loi du 17 mars 1909, en disposant que les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissements, et que le matériel et l'outillage servant à l'exploitation du fonds sont susceptibles d'être compris dans le nantissement, n'ont pas modifié le caractère du contrat de gage, en ce que le contrat ne peut avoir pour objet que des choses mobilières ; il suit de là que le propriétaire d'un fonds de commerce, lorsqu'il est, en même temps, propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite le fonds, ne peut comprendre dans le contrat de nantissement le matériel qui est attaché à l'immeuble à perpétuelle demeure, et qui est ainsi devenu immeuble par destination » ; Civ., 27 juin 1944, JCP G 1945. II. 2782, n. G. Toujas : « le nantissement d'un fonds de commerce, ne pouvant porter que sur des meubles, est nul en tant qu'il vise un matériel qui est immeuble par destination ».

² L'hypothèque d'immeuble par destination n'est en effet pas vue d'un bon œil en doctrine, v., par ex., J. Rosset, *Le crédit agricole au moyen des sûretés réelles mobilières*, th. Grenoble, Imprimerie Allier Frères, 1899, p. 67 : « si encore le matériel agricole inutilisé au point de vue du crédit réel mobilier servait à augmenter le crédit réel immobilier du cultivateur ! Mais il n'en est rien, les valeurs agricoles garnissant le sol risquent bien de ne pas être prises en considération par le prêteur sur hypothèque. La qualité d'immeuble qu'ont ces meubles agricoles est, en effet, toute entière dans la volonté du propriétaire [...] l'immobilisation par destination, qui suffit à éloigner les prêteurs chirographaires, est insuffisante pour fournir une base solide au crédit réel mobilier ; son effet est donc nul au point de vue du crédit ».

³ L'affectation du bien au fonds exploité doit en effet être indispensable, directe, manifeste et durable, soit très apparente aux yeux des tiers, v. S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CXLV, 1976, n° 80 et s., p. 70 et s.

⁴ Civ., 27 juin 1944, précité : « Attendu que la qualité d'immeuble par destination dépend de conditions fixées par la loi et que la seule volonté du propriétaire, impuissante à créer arbitrairement des immeubles par destination, ne saurait non plus suffire à leur faire perdre cette qualité s'il n'y a pas eu soit séparation effective entre l'immeuble par nature et l'immeuble par destination, soit aliénation de l'un ou de l'autre ». V. également Civ. 1^o, 7 avril 1998, *Bull. civ. I*, n° 143, p. 95 (n° 95-20504), qui subordonne la fin de l'immobilisation par destination à un « enlèvement effectivement réalisé », l'aliénation séparée des biens immobilisés étant en revanche insuffisante.

⁵ Comp. C. Gijsbers, th. précitée, n° 435, p. 438 : « en dehors des quelques garanties évoquées, le principe demeure qu'un bien immobilisé ne peut être grevé d'une sûreté mobilière que si le débiteur prend la peine d'en provoquer l'enlèvement effectif. Il paraît pourtant indispensable que le professionnel, propriétaire de l'immeuble où il exerce son activité, puisse se procurer des capitaux sans avoir à se séparer des accessoires indispensables à l'exploitation ».

devrait constituer une mesure de publicité suffisante pour informer les tiers de l'arrivée du terme de l'affectation, sans que le bien n'ait à être physiquement déplacé¹. Ils appellent donc de leurs vœux un revirement de jurisprudence, ce qui est toujours délicat à prédire. Alors qu'une réforme du droit des sûretés se profile à l'horizon, pourquoi ne pas simplement tirer parti des solutions éprouvées issues du régime de divers gages spéciaux ? Le contexte dans lequel sont donnés les warrants agricole et hôtelier, ainsi que le « nantissement » de matériel et d'outillage, a obligé le législateur à réfléchir davantage à la situation dans laquelle l'exploitant est propriétaire des murs, et à en tirer les conséquences en droit des sûretés. Deux systèmes distincts ont alors été mis en place. En matière de warrants, tout d'abord, force est de constater que le législateur a créé un ensemble parfaitement cohérent. Lorsqu'une hypothèque a été constituée préalablement à l'existence du warrant agricole, l'emprunteur est tenu de l'indiquer au greffier lors de l'inscription². La réciproque est vraie pour le notaire chargé d'instrumenter une hypothèque portant sur des biens déjà warrantés³. Le conflit éventuel entre créancier warrantiste et créancier hypothécaire se résout par la comparaison des dates d'inscriptions, suivant la règle *prior tempore, potior jure*. Tant les textes spéciaux que le droit hypothécaire se prononcent en ce sens⁴.

868. La solution apportée par le régime du « nantissement » de matériel et d'outillage est différente. L'article L. 525-8 du Code de commerce ne se place pas dans une perspective de conflit, mais d'exclusion. Cette disposition indique que le droit de préférence du créancier se maintient malgré l'immobilisation du bien grevé, et empêche le jeu de « l'article 2133 du Code civil » – il faut évidemment lire « le dernier alinéa de l'article 2397 du Code civil » –, ce qui interdit au matériel et à l'outillage grevés d'intégrer l'assiette d'une hypothèque postérieure. Il faut bien prendre conscience de la portée de la règle indiquée à cet article : si le constituant a

¹ Sur la question spécifique de l'affectation des immeubles par destination par le biais d'un nantissement de fonds de commerce, v. N. Rexand-Pourias, « Les effets néfastes de l'immobilisation par destination sur les garanties grevant le fonds de commerce », *Revue juridique de l'Ouest* 2001-4, spé. p. 528 et s. Plus généralement, v. C. Gijsbers, th. précitée, n° 436, p. 440 : « l'exigence d'enlèvement effectif du bien [...] n'a en effet d'autre fondement que le besoin d'information des tiers. Dès lors, toute autre mesure révélant suffisamment aux tiers la volonté du propriétaire de faire cesser l'immobilisation du bien devrait permettre de restituer au bien sa nature mobilière », ainsi qu'A. Hontebeyrie, « Le gage sans dépossession et l'immeuble par destination », art. précité, n° 3, adoptant cette proposition.

² Art. L. 342-3, al. 1 C. rural. L'accomplissement de cette formalité revêt une importance capitale, la Cour de cassation ayant jugé que lorsqu'un warrant et une hypothèque sont inscrits le même jour, en vertu d'un titre de créance datant du même jour, le warrant est inopposable au créancier hypothécaire si le warrantiste n'a pas déclaré l'existence de l'hypothèque, v. Civ. 3^e, 28 janvier 1975, *Bull. civ.* III, n° 34, p. 26 (n° 73-13578).

³ Art. L. 342-6, al. 2. C. rural.

⁴ V. les art. L. 342-12, al. 2 C. rural, L. 523-2, al. 7 C. com. et 2425, al. 7 C. civ.

nanti ces biens, il ne peut plus les affecter ensuite, par une hypothèque, au bénéfice d'un autre créancier. Si une hypothèque a d'ores et déjà été constituée sur le matériel et l'outillage avant la date du nantissement, le créancier nanti l'emporte du fait de la supériorité de son droit de préférence, du moins s'il a pris la peine de notifier l'existence de sa sûreté au créancier hypothécaire¹. Cette solution s'avère moins intéressante que le système retenu en matière de warrants : une partie du crédit du constituant est stérilisée dans l'hypothèse où la valeur des biens nantis est supérieure au montant de la créance garantie, surplus qui aurait pu être utilisé au moyen d'une affectation hypothécaire. La règle semble également de nature à détourner certains créanciers de l'hypothèque portant sur les locaux dans lesquels une activité professionnelle est exercée, sachant qu'ils risquent d'être systématiquement primés par les titulaires de droits spéciaux sur le matériel et l'outillage, potentiellement de grande valeur. Dans l'hypothèse où il serait décidé de supprimer tous les gages spéciaux, il suffirait alors de généraliser le système du warrant agricole, tout en empruntant une disposition au Code de commerce. Le gagiste sans dépossession devrait indiquer l'existence d'une hypothèque antérieure lors de l'inscription de sa sûreté, et le créancier hypothécaire devrait faire de même en présence d'un gage sans dépossession antérieur. Le créancier de second rang devrait alors notifier l'existence de sa sûreté au créancier de premier rang. Le conflit se réglerait ensuite par la comparaison des dates d'inscription, ce qui rendrait les solutions absolument prévisibles : l'on se trouve ici à la lisière du droit hypothécaire en raison de la fixité de l'immeuble par destination². Le texte du septième alinéa de l'article 2425 du Code civil devrait par ailleurs être modifié afin de se référer au « gagiste » et non aux « porteurs de warrants ».

2 – Gages spéciaux et clause d'arrosage

869. Clause d'arrosage et « gage en valeur ». L'expression de « *gage en valeur* »³ revient épisodiquement sur le devant de la scène doctrinale pour qualifier une sûreté qui

¹ Art. L. 525-9, II et III C. com.

² Cette solution a été retenue par le droit belge, v. M. Grégoire, « Perspectives de droit des sûretés : vers une nouvelle maîtrise du risque », art. précité, n° 32 ; Comp. M. Julienne, « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », art. précité, n° 7, préférant le modèle du « nantissement » de matériel et d'outillage afin de faire primer le gagiste.

³ L. Aynès et Ph. Dupichot, obs. sous Com. 26 mai 2010, *Dr. et Patr.* sept. 2010 ; M. Cabrillac, th. précitée, n° 244 et s., p. 306 et s. ; M.-A. Dupuis-Flandin, « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 789 et s. ; M.

porterait exclusivement sur la valeur de son assiette et traitant donc avec indifférence la matérialité des biens grevés. Certains gages spéciaux portant sur des biens fongibles semblent ainsi mériter cette appellation lorsque la protection du créancier passe essentiellement par l'obligation faite au constituant de maintenir la valeur du gage tout au long de la période conservatoire. Les régimes du warrant pétrolier et du gage des stocks prévoient ainsi des planchers en-dessous desquels la valeur de la garantie ne doit pas descendre, sous peine de sanctions si la demande de rétablissement de la valeur de la garantie par le créancier n'est pas suivie d'effets¹. La physionomie de l'obligation de conservation à laquelle est tenue le constituant est donc très particulière, étant donné qu'il s'est engagé à procéder en permanence à des ajustements afin de s'assurer que son créancier soit toujours pleinement couvert. Une brusque chute des cours du pétrole doit ainsi entraîner une réaction immédiate du constituant du warrant, augmentant la quantité de pétrole warranté dans le but de sécuriser le bénéficiaire de la sûreté². La situation est bien différente sous l'empire du Code civil, qui se focalise sur la quantité de biens grevés et ne prévoit de complément de sûreté que dans l'hypothèse d'une faute du constituant³, non en cas de diminution fortuite de la valeur de l'assiette du fait de facteurs intrinsèques. Les parties doivent donc stipuler une clause d'arrosage dans leur contrat de gage afin de parvenir à une protection équivalente à celle qui est procurée par certains gages spéciaux.

870. Absence de neutralité patrimoniale des clauses d'arrosage. On peut cependant se poser la question de savoir si la clause d'arrosage classique et la clause d'arrosage intégrée *ab initio* aux régimes spéciaux sont équivalentes⁴. L'opposabilité de la première aux tiers paraît

Julienne, « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », art. précité, n° 14 et s. ; S. Torck, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RDBF* juill. 2006, étude 12, n° 21, à propos du gage des stocks : « le gage ne porte pas tant sur des biens – le contenu – que sur les stocks – le contenant [...] Le maintien des stocks doit donc avant tout s'apprécier en valeur – ce qui est parfaitement logique – et non pas en nature ; peu important, pour le créancier gagiste, la matérialité des biens qui composent les stocks dès l'instant où la valeur engagée est maintenue à un niveau suffisant » ; P. Veaux-Fournerie, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, spé. n° 23, p. 147 : « si le gage ordinaire avec dépossession demeure, malgré la faculté de substitution reconnue au débiteur, un gage en nature portant sur une certaine quantité de choses d'une certaine espèce, le gage sans dépossession portant sur des produits industriels tend à devenir plutôt un gage en valeur. Ce qui importe avant tout, c'est que le créancier puisse compter sur une garantie d'une valeur immuable ».

¹ V. les art. L. 524-16 et L. 527-6 C. com.

² V., envisageant précisément la question de la chute des prix, G. Vivier, « Les précédents du warrant industriel : le warrant hôtelier, le warrant pétrolier, le warrant stocks », art. précité, n° 44, p. 333.

³ Art. 2344, al. 2. C. civ.

⁴ Sur la portée de cette clause, v. G. Vivier, « Les précédents du warrant industriel : le warrant hôtelier, le warrant pétrolier, le warrant stocks », art. précité, n° 44, p. 333 : « Dans le gage ordinaire, le gagiste subit les risques résultant des variations de valeur

difficilement admissible, le complément de sûreté s'apparentant trop à la conclusion d'une nouvelle sûreté pour qu'elle puisse passer entre les fourches caudines des nullités de la période suspecte¹. En revanche, le warrant pétrolier et le gage des stocks présentant une architecture différente, davantage tournée vers la valeur des biens grevés, on a pu affirmer que les compléments de sûretés fournis sur ce fondement devraient échapper à toute sanction². Il nous apparaît pourtant que la solution devrait être la même, quoique prise sur un fondement différent. En effet, ces deux gages spéciaux portant spécifiquement sur une certaine valeur, ce qui est clairement indiqué lors de l'inscription, les tiers ne devraient pouvoir se plaindre de l'affectation de biens supplémentaires compensant la baisse fortuite de la valeur de l'assiette... lorsque le débiteur est *in bonis*. Dans une telle situation, le débiteur étant toujours en mesure de faire face à ses dettes, la double limite de la fongibilité des biens et de l'interdiction de dépasser la valeur indiquée lors de l'inscription permet d'éviter les excès nuisibles aux tiers. Il faut donc considérer que, nonobstant le complément de sûreté, c'est toujours la même garantie qui continue à produire ses effets³. S'agissant de la même garantie, la nullité obligatoire de l'article L. 632-1, 6° du Code de commerce ne devrait pas pouvoir s'appliquer. En revanche, un créancier demandant le rétablissement de la garantie dans sa valeur initiale devrait se voir opposer la nullité facultative de l'article L. 632-2, alinéa 1, du même Code. Il s'agit bien d'un acte onéreux – le constituant en retirant une contrepartie, le maintien de la garantie et donc du terme⁴ – alors qu'une telle demande formulée en période suspecte dénote certainement la connaissance de l'existence de la cessation des paiements.

871. Une telle sanction peut se réclamer de l'esprit des nullités de la période suspecte, qui visent à la reconstitution du gage commun des créanciers en anéantissant les conséquences de tous les actes dépourvus de neutralité patrimoniale une fois la cessation des paiements

de la chose remise en gage. Or, il n'est aucune raison qui puisse faire écarter cette règle en matière de warrant à domicile [...] Si l'absence de dépossession peut mettre en péril les intérêts du créancier, elle est sans rapport avec le risque de dépréciation du pétrole. Il semble donc s'agir d'une disposition de circonstance ».

¹ V. *supra*, n° 853 et s.

² M. Julienne, « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », art. précité, n° 15. V. également, estimant que la garantie de valeur offerte au porteur d'un warrant pétrolier constitue « une règle tout à fait exorbitante au droit commun des sûretés réelles », un avantage « extérieur à la structure rationnelle des sûretés réelles » qui ne peut s'analyser que comme « une disposition de circonstance », M. Cabrillac, th. précitée, n° 284, p. 346.

³ En revanche, dans le droit commun, l'augmentation de la quantité de biens grevés conduit nécessairement à la constitution d'une nouvelle sûreté, opposable aux tiers à la date de ce complément, v. *supra*, n° 576 et s.

⁴ V. *supra*, n. 2, p. 348.

survenue¹. Comme une clause d'arrosage classique, l'affectation de biens supplémentaires dans le cadre du warrant pétrolier ou du gage des stocks réduit fortement les possibilités pour les autres créanciers de se payer sur la valeur des biens nouvellement grevés. La cristallisation de la situation des créanciers au jour de l'ouverture de la période suspecte devrait donc être entendue comme une paralysie de leurs droits tant en nature qu'en valeur. Les seules hypothèses dans lesquelles les droits des créanciers pourraient être renforcés concernent la constitution d'une nouvelle sûreté en contrepartie de l'octroi d'un nouveau crédit, voire les situations aléatoires dans lesquelles un créancier pourrait bénéficier d'une affectation supplémentaire en cas de baisse fortuite des cours ou d'une diminution de sûreté si les cours augmentent². Rien de tel n'est prévu en matière de gages spéciaux : le bénéficiaire est toujours gagnant... Par conséquent, la nullité qui s'impose au vu de ces considérations aboutit à aligner le traitement de la clause d'arrosage intégrée au régime de certains gages spéciaux par la volonté du législateur sur celui de la clause ajoutée au régime du gage par la volonté des parties. Sur ce point précis, la suppression des sûretés spéciales ne nécessiterait pas d'ajout au droit commun du gage, les parties pouvant librement stipuler une clause d'arrosage pour renforcer l'efficacité des sûretés sur biens aux prix volatils³. Néanmoins, l'essentiel est ailleurs et gît dans la question du maintien ou de la suppression des droits de rétention fictifs.

3 – Gages spéciaux et droit de rétention fictif

872. L'intérêt théorique des droits de rétention fictifs. Le droit des sûretés dispose de plusieurs moyens de protection du créancier contre les actes de disposition effectués par le constituant. Il est tout d'abord possible de laisser le bien sortir de son patrimoine, puis d'autoriser le créancier à agir contre le tiers acquéreur grâce au droit de suite. Il est également

¹ V. *supra*, n° 680 et s.

² En ce sens, H. Synvet, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », art. précité, n° 21, p. 728 et s., déniait toute légitimité aux accroissements d'assiette sans contrepartie.

³ N. Borga, « Réforme du gage des stocks : l'art législatif au plus mal ! », *BJE* mars 2016, p. 128 et s., n° 10 : « en guise de conclusion, on indiquera qu'en présence d'un instrument si mal pensé, on ne voit guère l'intérêt pour les professionnels d'y souscrire. Certes, certaines règles sont susceptibles de préserver les droits du créancier lorsque le débiteur a conservé la maîtrise des stocks [...] Pour autant, il n'y a pas là un avantage décisif en faveur du dispositif régi par le Code de commerce car les parties peuvent fort bien, contractuellement, introduire de tels mécanismes au sein d'une convention de gage soumise au droit commun » ; C. Juillet, « La réforme du gage de stocks », *D.* 2016. 561, n° 25. Comp. toutefois M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013. 1363, n° 27 : « [L]es sanctions légales, qui dispensent le gagiste de stipuler une clause dite « d'arrosage », rendent effective la protection des établissements de crédit créanciers et devraient les convaincre de l'utilité de recourir, à l'avenir, au gage spécial des stocks ».

concevable, en l'absence d'une telle prérogative, de conférer un droit de rétention au titulaire de la sûreté, ce qui lui permet de forcer le constituant à conserver l'assiette tant que la créance garantie n'a pas été intégralement acquittée. L'intérêt d'un tel mécanisme dans le droit des gages sans dépossession se comprend alors aisément : quelle que soit l'organisation de la sûreté concernée, il est impossible de reconnaître un droit de suite parfait à son bénéficiaire, la mobilité des biens s'opposant à la mise en place du système de publicité complet qui caractérise l'assiette des sûretés hypothécaires¹. Les warrants commerciaux reposant initialement sur l'idée d'une possession fictive du créancier² – ce qui n'est pas la même chose qu'une dépossession³ – la jurisprudence en a déduit que, dans l'hypothèse où le bien warranté sortait du patrimoine du constituant, le créancier se trouvait dépourvu de toute protection⁴. Il possédait en effet le bien par l'intermédiaire du débiteur, or cette possession a pris fin par la remise du bien au tiers acquéreur. S'il est de bonne foi, ce dernier ne peut être poursuivi, et le droit du créancier ne peut se reporter sur le prix de vente amiable, ce qui n'est permis qu'en matière de véritables sûretés sans dépossession⁵. La situation du gagiste automobile, sous l'empire du décret du 30 septembre 1953⁶, était légèrement meilleure, ce qui témoigne d'une résurgence de sa nature profonde de sûreté hypothécaire, abâtardie par son mélange avec certaines dispositions propres

¹ V. *supra*, n° 818 et s. Sur ce point, v. not. R. Boffa, « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007. 1161, n° 21 et s.

² Civ., 23 avril 1918, *DP* 1919. 1. 33, n. H. Capitant, *S.* 1919. 1. 153, n. C. Lyon-Caen, affirmant que la transcription du warrant agricole sur un registre public « confère au porteur une possession équivalente à la possession réelle ». Un auteur a cherché à expliquer cette situation par la technique du constitut possessoire, indiquant que « contrairement à un droit de suite qui s'attacherait à la chose elle-même et la suivrait entre toutes mains, le droit de rétention n'est efficace qu'à l'égard des personnes auxquelles le contrat organisant une tradition feinte est opposable, c'est-à-dire les tiers tenant leurs droits directement du constituant, à l'exclusion des sous-acquéreurs » (F. Vern, « Le mystérieux droit de rétention dans les sûretés réelles sans dépossession », *Dr. et Patr.* oct. 2019).

³ Bien des auteurs estiment qu'après la réforme du 23 mars 2006, les warrants sont devenus de purs gages sans dépossession, v. not. les commentateurs de l'arrêt précité rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 12 novembre 2015. Les conséquences concrètes de ce prétendu changement de nature sont pourtant décevantes : le droit de rétention fictif, quel que soit son fondement, est efficace dans un petit nombre d'hypothèses, et il paraît difficile de reconnaître aux titulaires de gages spéciaux le droit de suite limité conféré par l'art. 2337, al. 3 C. civ., les conditions de publicité n'étant pas les mêmes que pour le gage sans dépossession de droit commun (v. M. Julienne, obs. précitées, *RDC* sept. 2016, p. 470 et s., spé. n° 18). En revanche, aux termes de l'art. 2352 C. civ., le gage automobile demeure fondé sur l'idée de possession fictive, ce qui a fait dire à un auteur que le cumul de sûretés sur un véhicule est sans doute impossible (D. Legeais, « Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile », *JCP E* 2007. 1482, n° 38 et s.).

⁴ Civ. 1^{er}, 18 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 17, p. 11 (n° 97-19473), *D.* 2000. 785, obs. I. Couturier ; *D.* 2000. 391, obs. S. Piedelièvre, censurant la décision d'une cour d'appel qui estimait qu'un porteur de warrant agricole était fondé à « bloquer » le règlement du prix de vente des biens warrantés par l'acquéreur, au motif que « la récolte warrantée avait été vendue à l'amiable et livrée à un tiers au mépris des droits du créancier warrantiste et alors qu'en ce cas, ce dernier ayant perdu par l'effet d'une telle vente, le gage sur le produit de la récolte que lui conférait le warrant régulièrement publié, ne pouvait reporter son droit de préférence sur le prix de vente amiable dû par l'acquéreur ». V. également Civ. 1^{er}, 18 décembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 326, p. 207 (n° 99-18422). Cette solution avait été anticipée en doctrine, v. A. Jauffret, « Les sûretés réelles sur les vins », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 432 et s.

⁵ V. *supra*, n° 581.

⁶ Pour une critique virulente du système antérieur, issu de la loi du 29 décembre 1934, v. H. Capitant, « La vente à tempérament des automobiles », *DH.* 1935, chron., p. 9 et s.

au droit du gage¹. Ce créancier, tout comme le titulaire d'un gage sans dépossession institué par l'ordonnance du 23 mars 2006, dispose d'un droit de suite limité², ne l'autorisant à poursuivre que les ayants cause du constituant, les seuls tiers à même de connaître l'existence de sa sûreté. En l'absence de droit de suite, ou en présence d'un droit de suite très insuffisant³, le salut du créancier doit nécessairement passer par le maintien du bien grevé entre les mains du constituant.

873. Dans cette optique, le législateur a cherché à renforcer la position des créanciers bénéficiaires de gages spéciaux en créant des règles de nature à entraver le pouvoir de disposition du constituant. Si ce dernier peut encore vendre les biens warrantés, ces sûretés sont caractérisées par l'existence d'une obligation de ne pas livrer les biens vendus, sous peine de se voir appliquer les peines de l'abus de confiance⁴. Par ailleurs, celui qui constitue un « nantissement » de matériel et d'outillage se voit interdire sa vente sans le consentement du créancier, obligation là encore pénalement sanctionnée⁵. Le gagiste sans dépossession s'est quant à lui vu reconnaître un droit de rétention fictif à l'occasion de la loi « LME » du 4 août 2008. La suppression des régimes spéciaux conduirait donc à remplacer les limitations actuelles du pouvoir de disposition du constituant, pénalement sanctionnées, par le bénéfice de ce droit de rétention fictif de l'article 2286, 4° du Code civil. Les créanciers y perdraient-ils au change ? Il nous semble que non : si la jurisprudence a reconnu de longue date l'existence de droits de rétention fictifs aux titulaires de gages spéciaux sur le fondement des dispositions précitées⁶, ceux-ci ne paraissent pas plus efficaces que le mécanisme prévu par le Code civil.

¹ M. Cabrillac, th. précitée, n° 45 et s., p. 79 et s.

² V. l'art. 2337, al. 3 C. civ., qui dispose que « lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276 ». La jurisprudence permet également au gagiste automobile de récupérer le véhicule grevé entre les mains de l'acquéreur, v. Civ. 1^{er}, 20 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 70, p. 51 (n° 87-19162).

³ Le « nantissement » de matériel et d'outillage, qui peut conférer un droit de suite parfait lorsqu'une plaque est apposée sur le bien suivant les dispositions des art. L. 525-4, al. 1 et L. 525-7, al. 2 C. com., mérite également d'entrer dans cette catégorie. La stigmatisation du bien ne constitue pas une mesure de publicité suffisante eu égard à sa fragilité, le constituant pouvant facilement y mettre fin, v. M. Cabrillac, th. précitée, n° 11, p. 33 et s. Il en va évidemment de même lorsque le « nantissement » est seulement publié au greffe du tribunal de commerce, la jurisprudence ayant estimé que cette publicité n'est pas suffisamment fiable pour faire peser une présomption de mauvaise foi sur les tiers, v. T. com. Nancy, 13 mars 1962, *JCP N* 1962. II. 12789, obs. J. A. ; *RTD Com.* 1962. 730.

⁴ V. les textes cités *supra*, n. 1, p. 478.

⁵ Art. L. 525-7, al. 1 C. com.

⁶ V. not., en matière de gage automobile, Com., 15 janvier 1957, *D.* 1957. 267 : « dès lors qu'elle avait satisfait aux prescriptions de la loi, la Société de Diffusion industrielle nouvelle, en tant que créancier gagiste de la Société Pressevot, jouissait jusqu'à complet règlement, malgré le caractère fictif de sa possession, d'un droit de rétention sur l'automobile vendue à crédit, dont elle pouvait exciper à l'encontre de l'Administration, du fait que celle-ci avait engagé des poursuites à fin de vente du véhicule ».

874. Faible efficacité pratique des droits de rétention fictifs. Il faut se souvenir que la gêne subie par le débiteur est la mesure de l'efficacité du droit de rétention. Initialement causée par la détention du bien, qui empêche toute personne de le récupérer entre les mains du rétenteur, la rétention a vu son domaine s'étendre au fil des bouleversements de l'économie. Une rétention symbolique a été largement reconnue en jurisprudence. Il est désormais possible d'exercer un droit sur un titre représentatif de marchandises, tel que le connaissement¹, mais également sur des biens dénués de valeur vénale, la rétention permettant alors d'entraver l'utilisation d'un autre bien auquel la chose retenue est liée². C'est ainsi que l'on a pu voir fleurir la rétention exercée sur la carte grise d'un véhicule³, la bande magnétique contenant un fichier client⁴, ou celle d'un atelier de tapisserie sur des cartons et calques⁵. Une rétention dématérialisée a également vu le jour, portant sur des biens incorporels lorsqu'il est possible de restreindre fortement les pouvoirs du constituant à leur encontre. L'exemple topique de ce cas de dématérialisation se trouve dans le régime du nantissement de compte-titres, le créancier pouvant ordonner au teneur de compte de n'obtempérer à aucun ordre du titulaire du compte sans obtenir son consentement. Ainsi qu'il l'a été remarqué à plusieurs reprises, il est devenu impossible d'affirmer que la rétention suppose la détention. La notion a évolué et repose désormais sur le concept de « *pouvoir de blocage* », entendu comme une restriction des pouvoirs du débiteur sur le bien retenu⁶, ce qui dépasse largement les cas dans lesquels le rétenteur exerce une mainmise matérielle.

¹ Civ., 31 mai 1892, *D.* 1894. 1. 185, n. Levillain ; *S.* 1894. 1. 81, n. Lyon-Caen.

² C'est alors en fonction de l'utilité que le bien présente pour le débiteur que l'on peut apprécier l'efficacité du droit de rétention, v. Ph. Devésa, « La rétention de documents : contribution à la notion générale de rétention », *LPA* 19 juin 1995, p. 11 et s., spé. n° 41 et s. Une telle évolution permet d'ailleurs l'extension du champ des biens susceptibles de constituer l'assiette d'une garantie : faute de valeur vénale des documents, il était auparavant inenvisageable de les donner en gage à son créancier, v. O. Audic, « Documents », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, avril 2016, n° 275-9.

³ Com., 28 février 2006, n° 04-15724. V., déjà, Com., 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 195, p. 156 (n° 92-16505). L'attrait d'un tel mécanisme est indéniable, qui diminue drastiquement l'intérêt de recourir au gage automobile, v., par ex., O. Audic, « Documents », étude précitée, n° 275-65.

⁴ Com., 8 février 1994, *Bull. civ.* IV, n° 56, p. 42 (n° 92-14484).

⁵ Civ. 1^{er}, 4 juin 1971, *Bull. civ.* I, n° 178, p. 149 (n° 69-14278).

⁶ A. Aynès, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2005, n° 70 et s., p. 55 et s., spé. n° 72, p. 57 : « la transcription des droits du créancier sur un registre lui confère un certain pouvoir de blocage », caractérisé selon l'auteur par la privation de la liberté d'usage du bien par le débiteur ; A. Pélissier, th. précitée, n° 162 et s., p. 75 et s., spé. n° 170 et s., p. 78 et s. : « l'emprise matérielle pour les biens corporels et la paralysie des droits pour les biens incorporels sont des moyens d'obtenir le pouvoir sur un bien. Une définition unique peut donc être retenue pour la rétention, qu'elle porte sur un bien corporel ou incorporel, la rétention est un pouvoir de blocage [...] Classiquement, il s'agissait d'enlever au propriétaire la possession du bien, ce qui résultait naturellement du fait qu'il était privé de la détention du bien dont il était propriétaire ; l'élément matériel de la possession, le corpus, faisait donc défaut. Par la suite, l'objectif s'est affiné. Le créancier doit être placé en position de force, la détention du bien n'étant plus considérée comme le seul moyen d'y aboutir. Le créancier doit avoir la faculté de dire non, ce qui lui confère un moyen de pression à l'encontre de son débiteur ».

875. Le pouvoir de blocage ne semble pourtant pas permettre de rendre compte de l'intégralité des cas de rétention. La détention du bien par le créancier prive le constituant de toutes les utilités du bien. Celle d'un document annexe prive le constituant d'une bonne part des utilités de son bien : le rétenteur de la carte grise d'un véhicule automobile empêche ainsi tant le constituant de circuler avec que de le vendre. L'envoi d'instructions au teneur d'un compte-titres interdit à son titulaire de le gérer comme il l'entend, voire de les céder. On peut en revanche être plus circonspect quant à la pertinence du concept de « pouvoir de blocage » en matière de droit de rétention fictif¹. On l'a déjà vu, le gagiste sans dépossession, que l'on considère les régimes spéciaux ou le droit commun contenu dans le Code civil, est impuissant à empêcher la cession et la délivrance du bien grevé. Après la naissance de la sûreté, le constituant peut encore en vendre l'assiette, quitte à subir les sanctions du droit pénal². L'acquéreur de bonne foi, dans la plupart des régimes spéciaux, ou le sous-acquéreur de bonne foi dans le régime du gage automobile et du gage sans dépossession de droit commun, est fondé à conserver le bien cédé par le constituant grâce au jeu de l'article 2276 du Code civil. Où donc se trouve la gêne causée au débiteur, qui doit le pousser à payer³ ?

¹ Comp. L. Andreu, « Gage avec dépossession contre gage sans dépossession », *D.* 2012. 1761 : « si le législateur est intervenu pour accorder au gagiste sans dépossession un droit de rétention, il est clair que ce droit de rétention (fictif) n'a pas les mêmes effets que le droit de rétention (réel) du créancier gagiste avec dépossession. D'abord, on éprouve quelques difficultés à comprendre comment il se matérialise. Cette garantie est en effet censée permettre à celui qui a une chose entre les mains de la retenir matériellement, tandis que, par construction, le créancier gagiste sans dépossession n'est pas dans cette situation. Par déformation, faudra-t-il admettre que le créancier puisse faire défense au débiteur de faire usage de la chose ? Pourra-t-il interdire sa remise à un cessionnaire ? Ou exiger qu'elle lui soit directement remise ? Les juges ont là une terrible équation à résoudre... », ainsi que P. Crocq, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cah. dr. ent.*, juill. 2009, dossier 21 : « la logique n'est pas au rendez-vous car les auteurs du nouvel article 2286, 4° du Code civil ont négligé le fait que le droit de rétention a toujours supposé un pouvoir de blocage du bien et que pour retenir, il faut d'abord tenir. Or, [...] de manière générale, le gage sans dépossession n'empêche absolument pas le constituant d'utiliser le bien et il ne l'empêche pas non plus de vendre le bien et de le délivrer au tiers acquéreur », ou encore C. Juillet, « Un retour aux sources pour le droit de rétention », art. précité, n° 12, p. 46, préférant qualifier d'« artificiel » le droit de rétention conféré par l'art. 2286, 4° C. civ. V. également, avant l'intervention de la loi « LME », A. Aynès, « Consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006. 1301, n° 5 : « aucun droit de rétention ne semble devoir être reconnu au profit du créancier investi d'un gage de meuble corporel sans dépossession, c'est-à-dire dont l'opposabilité aux tiers est assurée par une simple inscription sur un registre spécial. La raison en est qu'en pareille hypothèse la mise en gage ne fait perdre au constituant aucun de ses pouvoirs d'user de la chose [...] l'inscription ne lui confère en elle-même aucun pouvoir de blocage, par lequel puisse se réaliser la rétention ».

² Comp. J. Hamel, « Le gage sans dépossession », art. précité, p. 39 : « le warrant laisse subsister un grand risque à la charge du créancier gagiste : le débiteur reste libre d'aliéner la marchandise warrantée, et s'il lui est légalement interdit d'abandonner la détention tant que la dette n'est pas payée, cette interdiction n'est sanctionnée que par des peines répressives ; or le banquier ou tout autre créancier se soucie peu de conduire ses clients en police correctionnelle ; il veut surtout rentrer dans ses crédits ».

³ La situation est plus complexe en matière de gage automobile. Lors de la vente d'un véhicule d'occasion, le vendeur doit certes fournir un certificat de situation administrative indiquant l'existence éventuelle d'un gage ou d'une opposition à son vendeur. Pour autant, les textes du Code de la route ne font référence à cette obligation que dans les relations acquéreur-vendeur, et non dans les rapports entre l'acquéreur et l'Administration (v. l'art. R. 332-4, V et VI, ainsi que l'art. 10 de l'arrêté du 9 février 2009 relatif à l'immatriculation des véhicules). La vente du véhicule, ainsi que son immatriculation, sont donc théoriquement possibles malgré l'existence d'un gage. La pratique préfectorale – *contra legem* ? – s'y oppose, qui exige un certificat de situation administrative montrant que le véhicule n'est pas gagé afin d'autoriser la nouvelle immatriculation du véhicule, v. L. Aynès et P. Crocq, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 446-1, pp. 269-270, ainsi que N. Martial-Braz, « Grandeur et

876. En réalité, les rétenteurs fictifs sont seulement autorisés à bloquer le paiement des autres créanciers lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du constituant¹, dans l'hypothèse où la valeur du bien apparaît² et que la loi le permet. La faculté de retrait prévue à l'article L. 622-7 du Code de commerce n'est pas applicable aux titulaires de droits de rétention fictifs, le débiteur n'ayant jamais cessé d'exercer son emprise sur le bien « retenu »³. L'origine jurisprudentielle des droits de rétention fictifs leur permet-elle d'échapper à la paralysie au cours de la période d'observation et de l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement⁴ ? Il nous semble que non, la jurisprudence ayant décidé, à juste titre, que le warrantiste agricole n'est pas fondé, au cours de la période de redressement judiciaire, à retenir le montant de sa créance sur le prix de vente des biens warrantés⁵. En revanche, tout droit de

décadence du droit de rétention », art. précité, n° 8. Le droit de rétention du gagiste automobile existe donc, mais repose sur des fondements fragiles. Son pouvoir de blocage effectif justifie sans doute que la jurisprudence lui réserve un traitement bien plus favorable qu'aux autres titulaires de droits de rétention fictifs, v. H. Matsopoulou, « Les aspects actuels du gage automobile », *RTD Com.* 1998. 795, n° 22 et s.

¹ Que décider lorsqu'une saisie est diligentée sur le bien fictivement retenu alors que le débiteur est *in bonis* ? Selon une opinion doctrinale, il faudrait que l'officier public chargé de la vente consulte le registre des gages et contacte le rétenteur afin de lui demander s'il compte faire valoir son droit pour empêcher la saisie du bien, v. J.-J. Ansault, « L'efficacité du gage sans dépossession », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, n° 23, p. 115. Il nous semble que c'est surestimer la force du droit de rétention fictif. L'huissier de justice est certes tenu de ces diligences pour permettre au créancier de faire valoir son droit de préférence sur le prix du bien vendu. En revanche, aucun texte ne prévoyant l'efficacité du droit de rétention fictif dans les procédures civiles d'exécution, pourquoi ne pas conclure à son inefficacité totale ? Il n'a pas vocation à empêcher la vente du bien, faute de pouvoir de blocage, seule hypothèse envisagée par l'art. R. 221-29 CPCE. Il ne peut se reporter sur le prix de vente du bien, faute de texte exprès. Le droit de rétention fictif devrait donc disparaître face à la vente forcée du bien, tout comme il est dépourvu d'effet face à la vente volontaire.

² Rappr. S. Piedelièvre, « Le nouvel article 2286, 4°, du code civil », *D.* 2008. 2950 : « *les prérogatives accordées au créancier muni d'un droit de rétention résultant d'un gage sans dépossession diffèrent légèrement [de celles octroyées par un gage avec dépossession], puisqu'il est impossible de considérer qu'il existe un refus légitime de restitution, en l'absence d'emprise matérielle de celui-ci sur la chose. Il bénéficiera d'une sorte de droit de blocage qui empêchera les autres créanciers de réaliser le bien. On retrouvera par conséquent le principe suivant lequel le rétenteur est avant tout un gêneur* ».

³ V. not. C. Hart de Keating, H. Lécuyer et R. Dammann, « Gage, nantissement, droit de rétention et fiducie », *LPA* 22 avril 2010, p. 4 et s. : « *en pratique, l'extension du droit de rétention à l'ensemble des gages sans dépossession ne devrait pas obérer la trésorerie du débiteur pendant la période d'observation. En effet, si les biens objets du gage sans dépossession sont des biens corporels individualisés, par exemple une machine, le débiteur en conservera l'usage malgré l'existence d'un droit de rétention fictif. De même, si le gage sans dépossession avec droit de rétention porte sur les stocks, il semblerait difficilement concevable que son droit de rétention fictif lui permette de s'opposer au renouvellement (et donc à la cession) des stocks tant que la convention de gage est respectée* ».

⁴ L'art. L. 622-7, I C. com. ne paralyse en effet que le droit de rétention fictif prévu par le Code civil en son art. 2286, 4°. V., en faveur de cette analyse, P.-M. Le Corre, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives – L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil aux gagistes sans dépossession », *JCP E* 2009. 1204, n° 7. Comp. toutefois, estimant que les warrants sont des gages sans dépossession depuis la réforme du 23 mars 2006, ce qui implique la paralysie de leur droit de rétention fictif, M.-P. Dumont-Lefrand, « Le créancier titulaire de sûretés « agricoles » », *RPC* sept.-oct. 2018, dossier 34, n° 20 et s., ainsi que E. Le Corre-Broly, « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », *JCP E* 2013. 1446, n° 5 et s.

⁵ Com., 9 avril 1991, *Bull. civ.* IV, n° 131, p. 94 (n° 89-14942) : « *les dispositions de l'article 8 de la loi du 30 avril 1906 ne peuvent prévaloir sur celles des articles 33, alinéa 1er, et 34, alinéa 1er, de la loi du 25 janvier 1985 ; qu'ayant retenu que le jugement d'ouverture de la procédure collective avait emporté, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement à cette décision, et que la quote-part du prix de vente correspondant à la créance garantie par le warrant devait être versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à l'adoption du plan de redressement ou à la liquidation, la cour d'appel a justifié légalement sa décision* ». *Contra*, reconnaissant une pleine efficacité aux droits de rétention fictifs d'origine jurisprudentielle, C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 341, p. 324, ou encore P.-M. Le Corre, « La vente de biens grevés de sûretés en période d'observation », *Gaz. Pal.* 12 avril 2016, p. 80 et s., n° 8.

rétenction fictif, quel que soit son fondement, peut être reporté sur le prix de vente du bien grevé en cas de cession partielle d'activité, de cession d'entreprise ou de liquidation judiciaire, ce droit étant reconnu par les textes à tous les titulaires de droits de rétenction¹. Le constat est donc implacable : lorsque la loi est muette, le droit de rétenction fictif est dépourvu de portée ; là où un texte vise expressément « le droit de rétenction », seul le report sur le prix est envisageable. L'absence de matérialité des droits de rétenction fictifs affadit donc nécessairement les prérogatives conférées par la garantie, en comparaison de la situation des rétencteurs titulaires d'un pouvoir de blocage effectif à l'encontre du constituant². A l'heure d'une nouvelle réforme du droit des sûretés, un parti hardi devrait être envisagé : la suppression pure et simple des droits de rétenction fictifs.

877. Vers la suppression des droits de rétenction fictifs. En l'état actuel des choses, le droit de rétenction devrait être offert à tout titulaire d'une sûreté non-hypothécaire sans dépossession, par le jeu du renvoi de l'article 2355, alinéa 5 du Code civil³. La situation serait alors extrêmement insatisfaisante : tout créancier serait en mesure d'invoquer sa sûreté afin de bénéficier du paiement de sa créance à titre exclusif dans la procédure collective affectant le débiteur. Que faire alors de l'ordre des droits de préférence fixé par le législateur ? Les rétencteurs s'approprieraient tous les fonds issus de la vente des biens en liquidation judiciaire –

¹ La reconnaissance de la vigueur du droit de rétenction est expresse en cas de cession globale de l'entreprise (art. L. 642-12, al. 5 C. com.) ou lors de la cession isolée des actifs du débiteur en liquidation judiciaire (art. L. 642-20-1, al. 3 C. com.). Elle se déduit en revanche d'une lecture *a contrario* de l'art. L. 622-7, I, al. 2 C. com. en ce qui concerne les cessions partielles décidées dans le cadre du plan de sauvegarde. La jurisprudence n'a ainsi pas hésité à se prononcer en faveur du report du droit de rétenction fictif appartenant au titulaire d'un gage automobile (Com., 15 octobre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 288, p. 200 [n° 90-10784]), ou encore d'un warrant agricole sur le prix de la vente des biens warrantés en cas de liquidation judiciaire, v. Com., 4 mars 2003, n° 00-11021 : « le CIO, bénéficiaire d'un warrant portant sur des lots d'eaux de vie, n'a pas à revendiquer les marchandises remises en gage et dispose des droits qui lui sont reconnus par l'article 159 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 622-21 du Code de commerce », ainsi que Com., 26 janvier 2010, n° 08-21340 : « le droit de rétenction de la caisse bénéficiaire du warrant agricole sur le stock de paille vendu par le liquidateur était reporté de plein droit sur le prix de vente ».

² Ce qui explique que la « possession » fictive, même antérieure, cède toujours face à la possession réelle d'un créancier de bonne foi, v. I. Couturier, obs. précitées, ainsi que S. Piedelièvre, obs. précitées. V., déjà, Com., 11 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n° 221 : « le droit de rétenction qu'invoquait la DIN en sa qualité de gagiste et comme étant réputé, en vertu de l'article 2, alinéa 3, du décret du 30 septembre 1953, avoir conservé la voiture en sa possession, ne pouvait prévaloir contre celui de Di Scala qui avait la détention matérielle du véhicule ».

³ V. C. Hart de Keating, H. Lécuyer et R. Dammann, « Gage, nantissement, droit de rétenction et fiducie », art. précité ; D. Legeais, « Quel avenir pour le droit de rétenction ? », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 42, n° 6 : « le droit de rétenction devient le droit de l'arbitraire. Il peut donc susciter des revendications de la part de tous les créanciers qui à tort ou à raison peuvent s'estimer victimes d'une injustice s'ils en sont privés » ; B. Parance, th. précitée, n° 574 et s., p. 397 et s., not. n° 575, p. 398 : « plus rien ne s'oppose à l'extension du droit de rétenction à l'ensemble des nantissements sur biens incorporels » ; A. Péliissier, th. précitée, n° 163, p. 75 : « de façon générale, comment peut-on accepter la discrimination entre créanciers résultant du fait que seuls les détenteurs de biens corporels puissent bénéficier du droit de rétenction ? L'évolution paraît inexorable. Il nous semble que la dématérialisation du droit de rétenction ne pourra aller qu'en se généralisant ». Pour deux points de vue opposés sur la question, v. P.-M. Le Corre, R. Dammann et G. Podeur, « Le droit de rétenction fictif au cœur de tous les débats », *BJE* juill. 2011, p. 227 et s. Comp., très critique sur cette évolution, C. Juillet, « Un retour aux sources pour le droit de rétenction », art. précité, n° 17, p. 48.

ce qui constitue l'hypothèse la plus courante, rappelons-le –, au détriment des titulaires de privilèges de la procédure. Les salariés, les mandataires judiciaires et les apporteurs de fonds seraient ainsi impayés alors que les créanciers antérieurs ne subiraient aucune perte. Autant dire que l'articulation du droit des sûretés et des procédures collectives, affinée au fur et à mesure des réformes successives, serait rayée d'un trait de plume. L'exclusivité engloterait tant la préférence que les chances de redressement des entreprises en difficulté. Un système si déséquilibré n'est évidemment pas souhaitable. Il n'est pourtant que la conséquence logique de la généralisation du droit de rétention, d'où l'on tire la conclusion qu'il faut nécessairement en restreindre la portée pour restaurer la cohérence du système. Le retour à un équilibre entre les intérêts des différents protagonistes devient urgent : il faut alors en revenir aux sources du droit de rétention pour tenter d'en limiter les effets.

878. Si l'on admet sans difficultés que le droit de rétention se définisse toujours comme un pouvoir de blocage, encore faut-il en définir l'objet. La conception contemporaine nous paraît démesurément étendue, qui se contente d'une restriction des pouvoirs du débiteur sur son bien¹. En adoptant une telle définition, il est impossible de limiter le domaine du droit de rétention : en effet, la sûreté réelle, caractérisée par l'affectation de biens à la garantie du paiement d'une créance, repose précisément sur la limitation des pouvoirs du constituant². Il faut donc préciser davantage le domaine du droit de rétention, sous peine d'en faire un attribut automatique de toute sûreté réelle. Or, on l'a vu, une telle prérogative ne peut être admise dans le régime des hypothèques étant donné qu'elle s'oppose frontalement à leur mode d'organisation³. Elle est donc nécessairement cantonnée aux sûretés non-hypothécaires, où la protection du créancier passe par le maintien du bien entre les mains du constituant. A nouveau, il paraît impossible de faire du droit de rétention un attribut de toute sûreté non-hypothécaire : ce serait doubler le droit de préférence des créanciers nantis et gagistes d'un superprivilège préférable à tout autre, soit la négation même du droit de préférence et de l'idée d'un classement

¹ V. not. A. Aynès, th. précitée, n° 73, pp. 59-60, estimant que la « possibilité conférée, par la loi, au porteur de warrant de s'opposer à la remise des biens warrantés à l'acquéreur, lui donne un véritable pouvoir de blocage, puisqu'elle prive le propriétaire d'une partie de ses prérogatives ».

² V. *supra*, n° 280 et s.

³ V. *supra*, n° 811 et s.

légal¹. L'évolution devrait alors passer par un retour aux sources, en restituant au pouvoir de blocage son sens originel : un droit de rétention ne devrait être reconnu qu'à celui qui peut interdire à son débiteur de remettre le bien grevé à un tiers². Le pouvoir de blocage se distinguerait alors de l'affectation au cœur de la sûreté réelle : la première notion s'attacherait à l'impossibilité factuelle pour le débiteur de disposer du bien³, quand la deuxième recouvrerait l'intégralité des restrictions juridiques imposées à la liberté de gestion du constituant⁴. Pour le dire autrement, s'il est possible de dématérialiser le droit de rétention en se focalisant sur la notion de « pouvoir de blocage », il n'est pas souhaitable de faire un pas de plus et de dématérialiser également ce pouvoir de blocage⁵.

¹ Rapp. E. Acollas, *Manuel de droit civil*, T. III, Germer-Baillière, 2^e éd., 1874, n. 1, p. 594 : « si le droit du créancier gagiste mérite d'être primé par celui d'autres créanciers quand le gagiste provoque lui-même la vente de la chose, pourquoi a-t-on donné au gagiste la possibilité, en retenant la chose, de forcer indirectement les autres créanciers à le désintéresser ? Cette faculté donnée au gagiste n'est pas de la raison ; elle n'est pas non plus de la justice ».

² V., déjà, F. Derrida, « La « dématérialisation » du droit de rétention », art. précité, n° 25, p. 206 : « une confusion certaine règne aujourd'hui dans l'esprit de quelques auteurs, qui en arrivent à contester le fondement matériel du droit de rétention ; celui-ci ne consisterait plus qu'à priver le débiteur de la faculté d'aliéner librement son bien, même en l'absence de toute interdiction légale [...] A suivre une telle opinion, l'institution serait totalement défigurée [...] On peut cependant douter que cette opinion corresponde aux solutions de notre droit positif. Le droit de rétention n'a jamais porté atteinte à la faculté du propriétaire de l'objet retenu d'aliéner son bien ; il s'oppose seulement à la remise matérielle de la chose ». Ainsi, en matière de gage avec entierement à domicile – dont la consécration dans la loi est prévue par l'art. 2337, al. 2 de l'avant-projet de réforme –, un droit de rétention matériel ne devrait pouvoir être reconnu que dans l'hypothèse où le tiers dispose matériellement des moyens d'empêcher le constituant d'accéder au bien grevé, v. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 767, p. 572, ainsi que Com., 8 avril 2015, n° 14-13787. Comp. toutefois C. Juillet, « Le gage de meubles corporels dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », n° 17 et s., p. 156 et s., estimant qu'un tel droit de rétention pourrait être reconnu au constituant même s'il était encore en mesure d'user et de jouir des biens gagés.

³ Rapp. C. Pourquier, « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD Com.* 2000. 569, n° 35 : « la reconnaissance de la rétention par le système juridique, contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, ne la consacre pas en tant que droit. Elle se contente de prendre acte de la possible mise en oeuvre par le créancier de cette force d'inertie. A cet égard la législation en matière de procédures collectives est révélatrice. La rétention est envisagée par la loi pour prévenir les situations de blocages. La supériorité du fait sur le droit provient de son antériorité ; si le droit est un construit, le fait est un donné. Le fait est le matériau de toute construction juridique, à ce titre, il précède le droit. Telle est la supériorité de la rétention sur le contrat de gage. Le fait de rétention révèle les limites de l'intellectualisation des mécanismes juridiques. L'abstraction fragilise les techniques juridiques ».

⁴ V., déjà, en un sens similaire, M. Cabrillac, th. précitée, n° 162, p. 214 : « Ce n'est [...] que par une vue de l'esprit que l'on peut considérer le créancier warrantiste ou nanti comme exerçant une sorte de rétention corpore aliéno. La rétention est une prérogative qui tire directement son origine d'une main-mise sur la chose. Sans cette main-mise, elle ne peut, ni prendre naissance, ni s'exercer. Qui ne détient ne peut retenir : telle est la formule qui jaillit de la réalité et contre laquelle on se trouve désarmé. Il paraît impossible d'assimiler à une situation de fait, possession et rétention par le créancier, une situation de fait exactement inverse, possession par le débiteur obligé de retenir. Dans le premier cas, la sécurité du créancier réside dans son appréhension ; dans le second, elle réside dans l'attitude de son débiteur, et c'est le dessaisissement qui a ainsi déplacé le pivot de la sécurité. Il faut donc bien reconnaître qu'il a mis le gagiste dans une position absolument unique dont l'originalité exclut toute équivalence ».

⁵ Comp., N. Martial-Braz, « Grandeur et décadence du droit de rétention », *RLDC* avril 2011, n° 8 : « en l'absence de dépossession, le pouvoir de blocage du créancier gagiste est nécessairement fictif. Or il a souvent été souligné à l'endroit des droits de rétention fictifs reconnus par le législateur que leur efficacité dépendait du pouvoir réel de blocage dont peut disposer le créancier gagiste [...] en matière de gage sans dépossession de droit commun, le créancier gagiste ne dispose d'aucun pouvoir effectif sur l'assiette de la garantie. La publicité réalisée pour l'opposabilité de la garantie ne prive pas le constituant des utilités du bien et ne lui interdit donc pas d'en disposer en dépit de la reconnaissance du droit de rétention. Ce qui constitue l'intérêt du droit de rétention, c'est bien la réalité de la pression exercée par la détention du bien. Lorsque celle-ci fait défaut, le droit de rétention lui-même n'a alors aucune réalité puisque dépourvu de toute efficacité ».

879. Dès lors, la cohérence réapparaîtrait. Le gagiste avec dépossession qui détient le bien personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, le rétenteur de la carte grise d'un véhicule, le bénéficiaire d'un nantissement de compte-titres interdisant au teneur de compte de transférer les titres financiers sur ordre du titulaire du compte et même le gagiste automobile bénéficiant de la pratique des préfectures de police posent des obstacles infranchissables à la transmission du bien. L'organisation des rapports entre les parties investit ces créanciers du pouvoir de refuser toute modification de la situation matérielle du bien. La gêne occasionnée par ce blocage incite le débiteur à payer sa dette et justifie un paiement facilité en cas de procédure collective, lorsque la récupération du bien est indispensable à la poursuite de l'activité ou même lorsqu'il est vendu. A l'inverse, les obligations imposées aux constituants de warrants sous peine de sanctions pénales ou l'interdiction de vendre qui incombe au constituant d'un « nantissement » de matériel et d'outillage ne constituent pas de véritables obstacles à la cession et à la remise de l'assiette de ces sûretés à un tiers. Elles la rendent plus complexe, plus risquée, mais non impossible. Ce ne sont que des « *succédanés* »¹ du droit de rétention, imaginés par un législateur conscient de la fragilité du droit de leurs bénéficiaires. Elles ressortent du domaine du juridique, et non du factuel². A moins de vouloir priver le droit de rétention de toute substance, il faut définir plus précisément ses contours. Il doit être réservé à ceux qui peuvent factuellement

¹ F. Derrida, « La « dématérialisation » du droit de rétention », art. précité, n° 14, p. 193 et s. : « *contre l'attribution du droit de rétention à ces différentes formes de sûretés mobilières sans déplacement, milite un argument très fort, qui devrait être décisif : conscient de l'infirmité des garanties qu'il créait, et voulant en pallier la fragilité, le législateur les a assorties d'obligations personnelles incombant au débiteur ; celles-ci sont de véritables « succédanés » de la détention matérielle ; elle doivent se substituer au droit de rétention [...] dans l'esprit du législateur, ces différentes solutions doivent constituer l'équivalent du droit de rétention ; elles en jouent dans une certaine mesure le rôle afin d'atténuer l'affaiblissement de l'élément réel de la sûreté ; elles ne sauraient coexister avec lui* ». V. également S. Torck, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. précité, n° 17 : « *en interdisant au débiteur de livrer les biens qu'il a aliénés, l'on s'approche, imparfaitement il est vrai, de ce qui pourrait être perçu comme l'équivalent d'un droit de rétention* ».

² Rapp. J.-J. Ansault, « L'efficacité du gage sans dépossession », art. précité, n° 17, p. 110 : « *la faiblesse du droit de rétention fictif issu du gage sans dépossession de droit commun réside certainement dans son fondement, à savoir la seule volonté du législateur. En effet, cette prérogative tire sa force exclusivement de la loi. Et, surtout, à la différence d'autres droits de rétention fictifs consacrés au sein du régime de certaines sûretés mobilières particulières, il n'a pas été prévu ici de mécanisme juridique susceptible de permettre au gagiste de bloquer, le cas échéant, les utilités du bien affecté. C'est dire que l'efficacité du droit de rétention fictif propre au gage sans dépossession de droit commun repose toute entière sur le respect spontané par les tiers d'un ordre de la loi et non sur le possible exercice par le créancier d'un véritable pouvoir de blocage sur la chose* ». V. également C. Juillet, « Un retour aux sources pour le droit de rétention », art. précité, n° 20, p. 49 : « *puisque ce droit ne gêne pas, il incombe au législateur d'en déterminer l'efficacité* » ou, enfin, J. Rosset, th. précitée, p. 146 : « *le gage véritable et le gage sans dessaisissement [...] sont deux sûretés réelles différentes et la première de ces sûretés est évidemment bien préférable à la seconde, puisqu'elle est la sûreté réelle mobilière la plus parfaite qui se puisse imaginer. La sécurité que donne au prêteur la possession réelle du gage est presque absolue, elle ne sera jamais remplacée dans son esprit par la menace pénale de la loi de 1898. Il entre dans le privilège agricole comme un indice de crédit personnel ; ce privilège suppose, en effet, une certaine confiance du prêteur dans la moralité de son emprunteur ; la menace pénale vient, il faut l'avouer, renforcer d'une manière efficace cette confiance, mais au cas de mauvaise foi de l'agriculteur, elle n'assure pas le paiement du capitaliste* ». Cela explique notamment qu'en procédure collective, le droit de rétention fictif ne puisse se reporter sur le prix de vente du bien « retenu » dans les seules hypothèses où la loi le prévoit expressément.

empêcher le débiteur de disposer du bien, qui disposent ainsi d'un pouvoir de blocage effectif¹. Au-delà de ces limites, en présence d'un pouvoir de blocage fictif, il n'est qu'un superprivilege compensant la faible efficacité des sûretés auxquelles il est attaché². Mais alors, pourquoi ne pas remédier directement à ce problème, plutôt que d'essayer de le résoudre par des voies détournées et inadaptées ? La suppression des droits de rétention fictifs devrait alors s'accompagner d'un rehaussement du rang du gagiste dans la hiérarchie des droits de préférence³. Les créanciers n'ont pas besoin de droits exclusifs lorsqu'ils sont assurés de bien figurer dans le classement les opposant à leurs concurrents. Les gages spéciaux sont là aussi d'une aide précieuse, leur rang étant bien plus attractif que celui du gage du Code civil.

¹ V., plus restrictif, estimant que le droit de rétention doit être limité aux hypothèses dans lesquelles le créancier détient matériellement le bien, C. Juillet, « Un retour aux sources pour le droit de rétention », art. précité, n° 28, p. 52. Cette opinion peut se réclamer de l'article 67 de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des Sûretés du droit OHADA, qui prévoit que « le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû ». V., approuvant, P. Crocq, « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », art. précité : « On observera, à ce propos, que cette reprise [celle de l'art. 2286 C. civ.] n'a, heureusement, été ici que partielle puisque le projet ne propose pas d'insérer dans l'AUS l'affirmation, éminemment critiquable, selon laquelle un droit de rétention bénéficierait également à tout titulaire d'un gage sans dépossession, laquelle a été ajoutée à l'article 2286 du Code civil par la loi du 4 août 2008 ».

² V. *supra*, n° 61. Comp. C. Gijbers, th. précitée, n° 298, p. 297 : « Sans nier systématiquement l'existence d'un « pouvoir de blocage » dans les différentes hypothèses évoquées, celui-ci nous semble beaucoup trop éloigné de la situation que provoque la maîtrise concrète exercée sur une chose matérielle, tout spécialement lorsque ce pouvoir dématérialisé se réduit à une obligation personnelle de ne pas disposer imposée au débiteur. Il nous paraît dès lors difficile de ne pas voir dans ce mouvement de dématérialisation un véritable artifice, un mensonge du droit, une fiction destinée à renforcer la situation du créancier dans la procédure collective et à l'égard de créanciers mieux classés », ou encore F. Vern, « Le mystérieux droit de rétention dans les sûretés réelles sans dépossession », art. précité : « le droit de préférence du créancier gagiste n'ayant pas été revalorisé par le législateur, l'institution d'un droit de rétention à son profit, même lorsqu'il est non-détenteur, était la seule solution pertinente pour renforcer l'attractivité du gage sans dépossession, notamment dans les procédures collectives [...] Celui-ci présente une efficacité moindre lorsqu'il est exercé par un non-détenteur et s'apparente alors, par son mode d'exercice, à une véritable sûreté. Cela rend d'ailleurs difficile sa coexistence conceptuelle avec les droits de rétention légaux, dont le caractère de simple pouvoir de fait n'a pas été modifié. Sous réserve qu'une solution équitable soit préservée en matière de procédures collectives, ces éléments militent pour la revalorisation du rang des sûretés sans dépossession ».

³ En un sens similaire, A. Aynès, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G* 2008. 300 : « Pour renforcer l'efficacité du gage sans dépossession, il vaudrait mieux revaloriser son droit de préférence. On ferait ainsi directement ce qu'on essaye de faire par des voies détournées, sans malmener le concept de rétention ». ; D. Legeais, « Quel avenir pour le droit de rétention ? », art. précité, n° 16 : « si le droit de rétention a résisté au temps et aux réformes c'est qu'il conforte l'efficacité de certaines sûretés et par exemple du gage avec dépossession qui a été maintenu pour cette raison. Il ne faudrait donc pas que la perte du droit de rétention se traduise par un affaiblissement de certaines sûretés et que les grands gagnants soient par exemple les privilèges fiscaux et sociaux c'est-à-dire l'État. La suppression devrait donc s'accompagner d'une mise à plat totale du classement des créanciers », ainsi que N. Martial-Braz, « Grandeur et décadence du droit de rétention », art. précité, n° 15 : « le gage sans dépossession nécessite davantage que quelques dispositions éparses et mal pensées pour devenir la véritable sûreté de référence au détriment du gage avec dépossession. Il aurait donc été préférable de renforcer les prérogatives d'ores et déjà conférées au gagiste sans dépossession, notamment en cas de procédures collectives, afin d'éviter l'incohérence qui consiste à vouloir promouvoir une sûreté dont l'esprit repose sur une affectation intellectuelle, immatérielle, de la valeur d'un bien en garantie d'une dette à l'aide d'une prérogative dont l'efficacité repose sur la matérialité ».

4 – Gages spéciaux et rang du droit de préférence

880. Le rehaussement du rang du droit de préférence du gagiste. Le droit de préférence du créancier gagiste sans dépossession est très peu attractif. Il passe systématiquement derrière les privilèges du Trésor¹ et, n'ayant pas été revalorisé en 1994, est également primé par l'intégralité des privilèges de la procédure collective. Concrètement privé de toute possibilité d'accéder à la valeur du bien en cas de concours entre créanciers, il ne peut compter que sur son droit de rétention fictif. La comparaison avec les gages spéciaux tourne largement en leur faveur : le législateur a toujours pris soin de mieux classer leurs bénéficiaires que le gagiste de droit commun. Ainsi, le warrantiste agricole prime tous les autres créanciers, sauf le titulaire d'un privilège du bailleur d'immeuble, et déduction faite des contributions directes et des frais de vente du bien². Le droit de préférence octroyé par les warrants commerciaux est encore meilleur, étant donné qu'il occupe la première place du classement, déduction faite des frais de vente³. Enfin, le créancier « nanti » sur du matériel ou de l'outillage est également préféré au Trésor Public et à la Sécurité Sociale si l'existence de la sûreté leur a été notifiée⁴. Le régime de ces sûretés permet de proposer une amélioration sensible du rang du créancier gagiste sans dépossession.

881. En effet, pourquoi le législateur ne déciderait-il pas que le gage sans dépossession du Code civil constitué à des fins professionnelles bénéficiera d'un droit de préférence primant tous les autres créanciers, exception faite des titulaires de privilèges des frais de justice et des frais de conservation lorsque le débiteur se trouve *in bonis* ? De même, pourquoi ne pas le placer au même rang que le créancier hypothécaire en liquidation judiciaire, soit avant les créances

¹ V. *infra*, n° 964 et s.

² Art. L. 342-12, al. 1 C. rural, mais il faut noter que le bailleur peut renoncer à opposer son privilège au créancier warrantiste selon l'art. L. 342-2, *in fine* du même Code.

³ V. les art. L. 524-13 C. com (warrant pétrolier), 15 du décret du 24 juin 1939 organisant le warrantage en faveur des titulaires de conventions passées en application du décret-loi du 2 mai 1938 portant ouverture de crédits pour l'exécution d'un programme exceptionnel de défense nationale, et 11 de la loi du 12 septembre 1940 sur le financement des fabrications de démarrage faisant l'objet de lettres d'agrément. Le warrant hôtelier est légèrement moins intéressant, qui laisse également la priorité aux contributions directes (art. L. 523-12 C. com).

⁴ Art. L. 525-9, II et III C. com. Réserve est toutefois faite par le I du même texte de l'application des privilèges des frais de justice, des frais de conservation et du superprivilège des salariés (improprement qualifié de « *privilège accordé [...] par l'article L. 143-10 du code du travail* »).

postérieures privilégiées¹ ? Une telle solution n'offrirait que des avantages. En procédure collective, elle aurait le mérite d'afficher très clairement la hiérarchie des intérêts retenue depuis une trentaine d'années : les salariés, organes de la procédure et apporteurs de nouveaux fonds, qui aident l'entreprise en difficulté à sortir de sa mauvaise passe, sont préférés aux créanciers du passé, sauf existence d'un droit de rétention matériel. Une fois ces créanciers désintéressés, les partenaires du débiteur, qui lui ont fait crédit avant l'ouverture de la procédure, sont payés. Ensuite seulement viendrait le Trésor Public, dont le rôle n'est pas d'accorder des délais de paiement au débiteur, son comportement aggravant souvent la situation de l'entreprise au détriment des autres créanciers².

882. Cette solution aurait par ailleurs le mérite de la clarté : le Trésor Public passe déjà derrière les gagistes sans dépossession, en liquidation judiciaire, du fait du report de leur droit de rétention fictif sur le prix de vente des biens grevés. Le mieux ne serait-il pas de faire cesser l'hypocrisie et d'afficher clairement la préférence du législateur pour les titulaires de sûretés conventionnelles par rapport aux bénéficiaires de privilèges qui naissent hors de la procédure collective³ ? Le système que nous proposons avantage même le Trésor Public par rapport à la situation actuelle, dans la mesure où, nous alignant sur la solution retenue dans le régime des gages spéciaux, nous estimons que le gage sans dépossession consenti à des fins non-professionnelles doit passer derrière le Trésor Public, les considérations d'intérêt général

¹ V., déjà, C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 488, p. 445, estimant que les sûretés mobilières conventionnelles sont « *arbitrairement sacrifiées* ». Ceci contribuerait par ailleurs à sortir de la situation actuelle, dans laquelle les garanties sont choisies uniquement à la lumière de leur efficacité en procédure collective, v. N. Martial-Braz, « L'approche unitaire des sûretés mobilières, solution pour le droit français ? », art. précité, n° 3, pp. 37-38 : « *les critères ne sont plus l'adaptabilité de la garantie choisie au type de bien grevé [...] la facilité de constitution ou de réalisation de la garantie choisie ; la pertinence des modalités d'opposabilité à l'aune de la nature du bien ; la faculté de la sûreté à mobiliser l'entier crédit ou une partie seulement du crédit du constituant ; l'efficacité de la sûreté pour obtenir le paiement de sa créance par le créancier [...] La soumission du droit des sûretés au droit des procédures collectives contribue au dévoiement de la matière et justifie que la plupart des sûretés adaptées, des sûretés mesurées, des sûretés sophistiquées soient reléguées au second plan derrière des mécanismes basiques et frustes* ».

² V. *infra*, n° 967 et s. Le droit américain, qui connaît un privilège général sur l'ensemble du patrimoine du débiteur au profit du Trésor Public (26 US Code §6321), a opté pour une solution se rapprochant de ce que nous proposons, le 26 US Code §6323 (c) instituant une protection contre le privilège général au profit de certains titulaires de sûretés professionnelles, v. A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, *op. cit.*, n° 267 et s., p. 133 et s.

³ Comp. C. Juillet, « Un retour aux sources pour le droit de rétention », art. précité, n° 35, p. 54 : « *s'il s'agit de classer, c'est bien plus par son droit de préférence que par son droit de rétention sans consistance, que le gagiste sans dépossession doit primer. Mais pour cela, il faut oser dire clairement que le droit de préférence doit primer tout autre privilège, étant observé que cela ne changera pas le sort des autres créanciers en concours. Pour eux, être primés par un prétendu droit de rétention ou un droit de préférence importe peu : ils sont primés* », ainsi que « Les garanties mobilières sur les meubles corporels avec ou sans dépossession », art. précité, n° 27-28, p. 17. Rapp. D. Prady, *L'appropriation du gage par le créancier gagiste*, th. Paris, 1960, p. 185 : « *Le législateur de 1951 a compris que pour donner au crédit sur le matériel et l'outillage d'équipement professionnel tout l'essor qui était souhaitable, le meilleur moyen consistait à délivrer le créancier de la concurrence incessante du Trésor et de la Sécurité Sociale* ».

aboutissant cette fois à le privilégier. Le clivage obsolète des sûretés civiles et des sûretés commerciales doit disparaître¹ pour laisser place à la distinction des sûretés professionnelles et non-professionnelles, bien plus adaptée au droit du XXI^e siècle². On pourrait enfin, à la manière du droit belge, autoriser le créancier à examiner quand il le souhaite l'état de l'assiette de sa sûreté, afin d'être en mesure de mettre en œuvre une éventuelle clause d'arrosage dans les meilleurs délais³. Une fois ces diverses modifications apportées au régime du gage, l'on voit mal ce qui pourrait justifier le maintien des gages spéciaux, les habitudes des professionnels mises à part.

883. Conclusion de la section 2. L'organisation du droit des sûretés mobilières autour de la distinction des sûretés sur meubles corporels et sur meubles incorporels a montré ses limites. Il ne peut s'agir d'une *summa divisio*, ce qui implique d'éliminer le renvoi au droit commun du gage pour toutes les questions ne trouvant pas de réponses au sein des régimes spéciaux des différents nantissements. Une partition plus satisfaisante pourrait être opérée sur le fondement du clivage des sûretés mobilières hypothécaires et des sûretés mobilières non-hypothécaires, étant entendu que, dans l'idéal, l'existence de toutes ces sûretés devrait être connue des tiers par le biais de la consultation d'un fichier national des garanties sans dépossession qu'il reste à créer.

Les sûretés hypothécaires se repèrent aisément, dans la mesure où elles portent nécessairement sur un bien facilement identifiable, présentant un certain degré de fixité grâce à son enregistrement. Ces sûretés, si elles sont régulièrement inscrites, tiennent en échec l'article 2276 du Code civil et permettent à leur titulaire d'agir contre tout propriétaire du bien grevé,

¹ V., favorable à cette idée, D. Legeais, « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », in *Etudes de droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 237 et s.

² Distinction qui structure le nouveau droit belge, v. M. Julienne, « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », art. précité, n° 6.

³ L'art. 16, al. 2 de la loi belge du 11 juillet 2013 prévoit ainsi que « le créancier gagiste a le droit d'inspecter les biens grevés à tout moment ». Cette prérogative participe déjà de l'architecture de plusieurs des gages spéciaux, v. l'art. 8 du décret du 24 juin 1939 précité (warrant des stocks de guerre) ainsi que l'art. 6, al. 2 et 3, de la loi du 12 septembre 1940 précitée (warrant industriel) : « à tout moment, le porteur du warrant peut, sur simple requête présentée au président du tribunal de commerce, du lieu de conservation du gage, faire désigner un huissier, ou un autre mandataire de justice, à l'effet de constater l'état du stock warranté. Sur ce constat, et s'il en résulte que ledit stock a subi des diminutions, le porteur du warrant peut assigner en référé, devant le même magistrat, à l'effet de voir prononcer l'exigibilité immédiate du warrant, laquelle sera toujours accordée, sans préjudice des pénalités prévues par l'article 13 ». Pour cela, il faudrait toutefois dépasser la réticence traditionnelle à l'exercice de ce genre de prérogatives, v. M. Cabrillac, th. précitée, n° 201 et s., p. 253 et s., ainsi qu'Y. Guyon, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, n° 9 et s., p. 25 et s., affirmant que « le droit de regard est ressenti par le débiteur souvent comme une indiscretion, parfois comme une tutelle de fait, toujours comme une atteinte à la liberté et à la personnalité » (n° 27, p. 135).

sur l'exemple de l'hypothèque immobilière, leur sûreté-modèle. En contrepartie, il est nécessaire d'organiser une procédure de purge dans leurs régimes afin de protéger les acquéreurs du bien contre toute action réelle du créancier, ce qui manque encore à la plupart des « nantissements » de droits de propriété intellectuelle. Les caractéristiques communes de ces biens hypothécables – au premier rang desquelles se situe leur qualification de biens d'exploitation – appellent une harmonisation des prérogatives conférées par cette famille de sûretés. C'est ainsi que l'obligation de conservation du constituant prend ici un tour plus dynamique que dans les autres catégories de sûretés, l'exploitation du bien étant essentielle au maintien de la garantie. Par ailleurs, s'agissant de biens frugifères, il faudrait songer à permettre au créancier d'appréhender les fruits générés par l'assiette de la sûreté, à titre de paiement, si le débiteur s'avérait défaillant. Il pourrait ainsi être possible d'importer en droit français le mécanisme de la location forcée du bien grevé, connu de quelques droits étrangers.

En comparaison, le droit des sûretés mobilières non-hypothécaires est bien moins ordonné. Tant les nantissements et cessions de créance et de monnaie que les gages foisonnent, et, on l'a vu, il est impossible de traiter de la même manière les deux types de sûretés. Cette catégorie doit donc se diviser en deux sous-catégories de dimensions inégales. Les sûretés non-hypothécaires sur meubles incorporels doivent ainsi être divisées en sûretés du droit financier et sûretés sur actifs financiers. Les premières, mettant en jeu les mécanismes et infrastructures du droit financier, visent à lutter contre le risque systémique ou portent sur des titres financiers. Leur fonction ou leur assiette justifient alors l'existence d'un formalisme de constitution et d'opposabilité très assoupli, ainsi que la certitude de pouvoir réaliser la sûreté malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant. A l'inverse, les secondes, qui portent sur des créances ou de la monnaie et peuvent garantir tout type de créance, sont des sûretés on ne peut plus ordinaires, les particularités de leur assiette impliquant seulement quelques aménagements du droit commun. La distinction entre les deux catégories de nantissements et cessions de créance et de monnaie doit être soigneusement marquée afin d'éviter que l'immunité procurée à certaines garanties par le droit financier aux règles du droit des procédures collectives ne devienne la règle, et la soumission à la discipline collective l'exception.

La deuxième catégorie de sûretés non-hypothécaires, les gages, est bien plus homogène. Les meubles corporels présentent tous, peu ou prou, les mêmes caractéristiques, ce qui permet

de soumettre tous les gages à un régime sensiblement similaire. La simplification devrait alors passer par l'achèvement du travail législatif réalisé en 2006 et qui a conduit à l'édiction d'un droit commun du gage. Il est aujourd'hui possible de fondre toutes les sûretés non-hypothécaires sur meubles corporels en une seule garantie, le gage du Code civil, moyennant quelques modifications de son régime. Il faudrait alors permettre le gage des immeubles par destination dans les mêmes conditions que le warrant agricole, supprimer le droit de rétention fictif prévu à l'article 2286, 4° du Code civil et, en contrepartie, octroyer un meilleur rang au droit de préférence du gagiste lorsque la sûreté est constituée à des fins professionnelles. Celui-ci devrait idéalement se trouver, en droit commun, au troisième rang, derrière le privilège des frais de justice et celui du conservateur ayant avancé des frais postérieurement à la conclusion du gage. En procédure collective, il faudrait aligner le traitement du créancier gagiste sur celui du créancier hypothécaire afin de refléter la hiérarchie des valeurs de ce droit : les salariés, mandataires judiciaires et apporteurs de nouveaux fonds doivent être mieux traités que les créanciers ayant fait crédit à leur débiteur avant l'ouverture de la procédure, eux-mêmes devant être mieux traités que le Trésor Public et la Sécurité Sociale. L'attractivité des sûretés préférentielles serait ainsi renforcée sans recourir à l'exclusivité.

884. Conclusion du chapitre. Le droit des sûretés mobilières n'est décidément pas facile d'accès. Quel que soit l'angle d'attaque choisi, tout effort de systématisation achoppe sur la diversité extraordinaire des biens potentiellement grevés. Cette diversité exclut d'emblée la simplification par le truchement de l'importation de la « sûreté unique » connue de certains droits étrangers. Ces systèmes ne règlent jamais complètement l'irritante question de la coexistence des droits préférentiels et des droits exclusifs, tandis que les différences de nature entre les biens susceptibles de composer l'assiette de la sûreté ne se manifestent pas au travers de l'existence d'une multitude de sûretés, mais d'une myriade d'exceptions posées aux principes généraux. De même, une fois le parti de la diversité des sûretés définitivement adopté, la distinction des gages et des nantissements ne permet pas de parvenir à une organisation rationnelle des sûretés mobilières. Le droit commun du gage est bien souvent incapable de résoudre les problèmes ponctuels posés par les régimes spéciaux des nantissements, et s'avère même parfois totalement inapplicable. Il ne faut pas s'en étonner : la diversité des biens incorporels est telle qu'il paraît impossible de mettre en place un véritable droit commun du

nantissement. Une seule solution reste alors accessible : la création d'une nouvelle *summa divisio* fondée sur la technique d'affectation en garantie des biens meubles.

Il est effectivement possible de distinguer les sûretés hypothécaires des sûretés non-hypothécaires et, au sein de ce deuxième sous-ensemble, les sûretés sur meubles incorporels des gages. Les sûretés hypothécaires portent sur les biens meubles enregistrés, présentant une certaine permanence, ce qui permet de réfléchir par analogie avec l'hypothèque immobilière. Ces sûretés octroient un droit de suite virtuellement illimité à leurs titulaires, ce qui doit être compensé par l'existence d'une procédure de purge protégeant l'acquéreur et facilitant la circulation de ses biens. Faute de publicité réelle, en revanche, les nantissements et les gages ne peuvent permettre d'agir contre tout acquéreur du bien. La famille des sûretés sur meubles incorporels doit à son tour être divisée en deux catégories : les sûretés du droit financier et les sûretés sur actifs financiers. Seules les premières devraient bénéficier d'un régime dérogeant sur presque tous ses aspects au droit commun des sûretés réelles. Les secondes, portant sur les créances et la monnaie, ne devraient bénéficier que d'un assouplissement de leurs conditions de réalisation, mais certainement pas d'une immunité aux règles de la procédure collective. Aucun fondement ne permet de justifier l'efficacité absolue des garanties bénéficiant aux établissements de crédit hors du droit financier. La famille des gages, quant à elle, est extrêmement homogène, et pourrait être simplifiée par la suppression de toutes les sûretés spéciales et la consécration du gage unique, débarrassé de son droit de rétention fictif et renforcé par la revitalisation de son droit de préférence. Toutes ces sûretés mériteraient enfin d'être publiées, afin de rendre l'information sur l'état du patrimoine de tout débiteur facilement accessible, au sein d'un fichier national des garanties sans dépossession. Le droit des sûretés mobilières conventionnelles ainsi clarifié autour d'une *summa divisio* étanche, libéré de l'influence du droit financier et toiletté de tous les gages inutiles, redeviendrait attractif, si tant est que, parallèlement, le législateur consente à mettre un terme à l'inflation constante du nombre de sûretés légales.

Chapitre 2 : Rationalisation du droit spécial des privilèges

885. Typologie des sûretés légales. Si, lors de la nuit du 4 août 1789, les révolutionnaires ont aboli les privilèges politiques et proclamé l'égalité civile entre tous les Français, il n'en demeure pas moins que certaines causes légales d'inégalité entre les créanciers ont survécu à cette purge. Il a été proposé de considérer que les premiers méritaient de disparaître parce qu'ils ne servaient que l'intérêt personnel de leurs titulaires, alors que les seconds sont octroyés dans un but d'intérêt public¹. Pourtant, lorsque l'on dirige son regard sur la matière des procédures collectives, on peut légitimement douter du bien-fondé de cette explication... Quoiqu'il en soit, ces causes légales d'inégalité demeurent et les privilèges, contrairement à ce que semble affirmer le Code civil, ne sont pas les seules sûretés légales qui appartiennent à notre ordre juridique. Un tableau d'ensemble du droit des sûretés réelles serait nécessairement incomplet si l'on ne citait pas les actions directes². Il s'agit de prérogatives particulièrement intéressantes, car elles permettent à un créancier d'agir directement contre le débiteur de son débiteur afin d'appréhender les fonds que celui-là devait verser à celui-ci. Les rapports entre privilège et action directe ont été étudiés à de nombreuses reprises³, sans toutefois élucider totalement la question de la nature des actions directes.

886. Les actions directes et les privilèges ont avant tout en commun de constituer des faveurs légales⁴ ayant pour but de conférer au créancier un droit lui permettant de recouvrer plus aisément sa créance. Elles constituent des prérogatives qui s'ajoutent au droit de gage général du créancier bénéficiaire et lui permettent de jouir d'une situation plus favorable que

¹ J.-E.-M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, préf. J.-B. d'Onofrio, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2007, p. 282 : « tout privilège exclusif blesse l'égalité véritable ; mais on ne doit appeler du nom odieux de privilège que les prérogatives accordées pour l'utilité personnelle de ceux qui en jouissent, et non celles qui ont leur base dans l'utilité publique ».

² Et, bien sûr, les hypothèques légales, qui ne sont qu'une espèce particulière du genre « privilège », v. *infra*, n° 930 et s.

³ V. spé. R. Debray, *Privilèges sur les créances et actions directes*, th. Paris, Jouve et C^{ie}, 1928, pp. 83-84 : « l'action directe repose sur un fondement légal. Elle ne crée pas un droit pour celui auquel elle appartient. Elle dérive d'un droit préexistant, qui est préférable à celui des autres créanciers, et qui constitue un véritable privilège. Le privilège existe dans l'ombre de l'action directe ». V. également M. Cozian, *L'action directe*, préf. A. Ponsard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 192, 1969, n° 462 et s., p. 281 et s. ; C. Jamin, *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 215, 1991, n° 261 et s., p. 233 et s.

⁴ Pour les actions directes, v. l'art. 1341-3 C. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur » ; pour les privilèges, v. l'art. 2324 C. civ., implicitement : « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ». L'avant-projet de réforme porté par l'Association Henri Capitant l'affirme en revanche expressément, v. son article 2330.

celle de simple chirographaire. Dans les deux cas, le législateur poursuit le même but en octroyant automatiquement une garantie à un créancier qu'il juge particulièrement méritant et qui n'est pas nécessairement en mesure de négocier avec son partenaire l'octroi d'une garantie par contrat¹. Le rapprochement des deux notions est d'autant plus aisé qu'il n'est pas rare que le législateur confère à un créancier à la fois un privilège et une action directe². Si la place du privilège parmi les sûretés réelles n'est pas contestée en général³, il n'en va pas de même pour les actions directes. La doctrine est divisée sur le sujet, sans qu'une tendance parvienne clairement à l'emporter sur l'autre⁴. La persistance de l'incertitude quant à la nature juridique des actions directes nous semble appeler une réponse nuancée.

887. Les actions directes parfaites, de véritables sûretés réelles. Il nous apparaît que les actions directes parfaites⁵ méritent pleinement d'être mentionnées dans une étude relative aux sûretés réelles. En effet, elles fonctionnent par l'affectation spéciale d'une créance du débiteur à la garantie de sa propre dette⁶. Cette affectation ne diffère pas de celle qui caractérise les sûretés réelles en général : il s'agit bien de la modification du régime juridique d'un bien par l'emploi d'une technique appropriée à la réalisation d'un but spécifique. Le but spécifique saute aux yeux : il s'agit de la garantie du créancier direct. La technique spécifique est tout aussi évidente, s'agissant de l'octroi d'un droit d'agir contre un tiers à la dette principale, le débiteur de son débiteur.

888. Seule la modification du régime juridique de la créance nécessite quelques explications. En temps normal, hors cas de cession de créance, le débiteur est censé payer son

¹ Sur l'importance de cette idée, v. M. Julienne, « Privilèges mobiliers spéciaux », *Rép. civ.*, juill. 2015, n° 3 et 4. En matière de privilèges, la recherche de ce mérite passe par la détermination de la « qualité de la créance », étudiée *infra*, n° 918 et s.

² On peut citer, entre autres, le bailleur d'immeuble (art. 1753 et 2332, 1° C. civ., respectivement pour l'action directe et le privilège), la victime d'un dommage (art. L. 124-3 C. ass. et 2332, 8° C. civ.), ou encore le créancier d'aliments (art. L. 213-1 et L. 213-2 CPCE).

³ Cette qualification demeure cependant sujette à débat, v. *infra*, n° 901 et s.

⁴ V., en faveur de la qualification de sûreté, P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 248, 1995, n. 4, pp. 234-235. Pour une opinion contraire, v. A. Plancqueel, *Contribution à l'étude des actions directes*, th. Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1935, p. 23 et s., ainsi que p. 61 et s., qui les analyse comme des exceptions aux principes régissant classiquement l'action oblique.

⁵ Sur la distinction entre actions directes parfaites, rendant la créance du débiteur intermédiaire sur le sous-débiteur indisponible avant toute manifestation de volonté du créancier direct, et actions directes imparfaites, dans lesquelles l'immobilisation naît au moment de l'exercice de l'action, v. A. Plancqueel, th. précitée, p. 93 et s.

⁶ Pour la référence à la notion d'affectation, v., par ex., P. Crocq, *op. et loc. cit.*, ou encore C. Ginestet, « La qualification des sûretés », *Defrénois* 1999, art. 36940, n° 26, p. 213. Le droit québécois raisonne également de la sorte, l'art. 2500 C. c. Q. indiquant expressément qu'en matière d'assurance de responsabilité, « le montant de l'assurance est affecté exclusivement au paiement des tiers lésés ».

créancier, et lui uniquement. Or, dans l'hypothèse de l'action directe parfaite, le sous-débiteur est tenu *ab initio* de ne payer que le créancier direct, la créance étant immobilisée dès sa naissance au profit du bénéficiaire de la faveur légale. Une obligation de conservation des fonds représentant la créance donnée en garantie par la loi¹ naît donc en même temps que la créance garantie. Le sous-débiteur qui paierait son propre créancier en contrevenant à cette obligation, même sans le savoir, serait sanctionné par l'obligation de payer à nouveau la somme au créancier direct, en application de l'adage « *qui paye mal paye deux fois* ». La structure de l'action directe parfaite est donc identique à celle des sûretés réelles : l'affectation de la créance à la garantie du créancier direct a pour conséquence la naissance d'une obligation de garantir la dette du débiteur principal, en imposant immédiatement au sous-débiteur une prestation de couverture, se manifestant par une obligation de conservation des fonds – ne pas payer un autre que le créancier direct, puis une prestation de règlement – payer le créancier direct².

889. Dans un cas de figure – l'action directe « *baroque* »³ du sous-traitant –, la prestation de couverture se rapproche encore davantage de celle qui est à l'œuvre dans les sûretés réelles conventionnelles. En effet, si elle s'apparente à première vue à une action directe imparfaite, dans laquelle l'affectation ne se réalise que par la demande en paiement du sous-traitant au maître de l'ouvrage, les droits du créancier direct sont en réalité renforcés par l'édiction d'une indisponibilité des sommes prévue par l'article 13-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975⁴. Il faut alors observer que la prestation de couverture imposée à l'entrepreneur peut être exécutée de deux manières différentes. Selon la première branche de l'alternative, le respect de l'affectation se matérialise par la passivité du débiteur : il doit uniquement protéger la situation du sous-traitant en ne constituant pas de droits sur la créance au profit d'un tiers. Selon la seconde branche de l'alternative, s'il décide de céder ou nantir la partie de la créance correspondant aux travaux effectués par le sous-traitant, la prestation de couverture prend une

¹ M. Cozian, th. précitée, n° 425, p. 258, et n° 427, p. 260 : « *dès qu'il a reçu l'acte d'opposition ou dès la naissance de sa dette dans les actions directes parfaites, le sous-débiteur ne doit plus se dessaisir des fonds qu'il a entre les mains. Le débiteur intermédiaire perd, en effet, la jouissance de sa créance : celle-ci est immobilisée, bloquée au profit du créancier direct* ». Par ailleurs, sur l'analyse de l'action directe au prisme du droit de rétention, v. L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012, not. n° 174, pp. 144-145 et n° 552, p. 490.

² Sur cette structure des sûretés réelles, v. *supra*, n° 325 et s.

³ H. Synvet, « Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants », *JCP G* 1990. 3425, n° 31 et s.

⁴ « *L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement. Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants* ».

coloration positive : il faut obtenir le cautionnement personnel et solidaire d'un établissement bancaire, ce qui assure au sous-traitant d'obtenir le paiement attendu. La ressemblance de l'action directe du sous-traitant avec le modèle des sûretés réelles conventionnelles est donc frappante.

890. La prestation de règlement présente toutefois une physionomie particulière en matière d'actions directes. Il ne s'agit pas, selon la technique habituelle du droit des privilèges, de conférer un droit de préférence permettant au créancier de bien figurer dans le concours lors du partage des fonds résultant de l'exécution forcée sur les biens du débiteur principal. La prérogative octroyée au créancier direct est bien plus vigoureuse, car il s'agit d'un droit exclusif à l'encontre de tous les autres créanciers du débiteur principal. Il ne saurait être question de concours sur la créance affectée à la garantie du bénéficiaire de l'action directe, une fois cette affectation réalisée. La prestation réelle de règlement imposée au sous-débiteur dans l'action directe se caractérise donc par un droit exclusif, et non un droit de préférence. En résumé, l'action directe parfaite, comme le privilège, trouve son fondement dans la loi. Comme toute sûreté réelle, elle résulte de l'affectation d'un bien du débiteur à la garantie d'une de ses dettes. Cette affectation fait naître une obligation de garantie, qui se subdivise en une prestation de couverture et une prestation de règlement, le créancier direct bénéficiant d'un droit exclusif sur la créance grevée. On peut donc affirmer que les sûretés légales se divisent en deux catégories, l'action directe parfaite créatrice d'un droit exclusif sur la créance grevée et le privilège créateur d'un droit de préférence sur le bien grevé ou sa valeur, selon le privilège considéré¹. L'action directe parfaite est donc au privilège ce que la fiducie est au gage, au nantissement et à l'hypothèque².

891. Les actions directes imparfaites, des mesures d'exécution forcée simplifiées. Contrairement à Planckeeel³, inventeur de la distinction des actions directes parfaites et

¹ Certains privilèges sont de véritables sûretés, conférant des droits spéciaux sur un bien, mais la plupart ne sont que des garanties préférentielles, qui ne peuvent être réalisées que par la mise en œuvre d'un droit de préférence sur la valeur du bien, v. *infra*, n° 901 et s.

² Dans un sens similaire, M. Cozian, th. précitée, n° 556, p. 338 : « *L'action directe est une sûreté sui generis, irréductible aux privilèges et aux hypothèques qui sont caractérisés par un rang déterminé, tandis que l'action directe est plutôt un droit d'exclusivité rendant superflue toute référence à la notion de rang* ».

³ L'auteur insistait fortement sur le fait que le besoin d'une classification des actions directes en deux groupes ne modifiait pas sa théorie de l'unité de la notion d'action directe, v. sa thèse, précitée, p. 93 et s.

imparfaites, nous ne pensons pas que l'on puisse reconnaître la même nature à ces dernières. Ce n'est pas avec le privilège qu'il faut comparer cette catégorie d'actions directes, mais avec les procédures d'exécution forcée sur les créances, et spécialement la saisie-attribution¹. Les thèses de doctorat traitant des actions directes à titre principal ayant été publiées avant la réforme du droit de l'exécution forcée par la loi du 9 juillet 1991, la comparaison s'effectuait nécessairement avec la saisie-arrêt. Les actions directes imparfaites permettent aux créanciers directs, désignés limitativement par la loi afin d'exercer leurs droits sur des créances spécifiques², par le biais d'une procédure simplifiée, de bénéficier de l'indisponibilité de la créance du débiteur intermédiaire contre le sous-débiteur au plus tard au jour de l'exercice de leur action. Il était alors aisé de mettre en lumière leur particularisme, alors que le créancier *lambda* ayant recours à la saisie-arrêt devait attendre que le jugement de validité de la saisie soit passé en force de chose jugée avant que la créance ne soit « gelée » à son profit³.

892. Les choses ont bien changé avec l'instauration de la procédure de saisie-attribution, dans laquelle la simple signification de l'acte de saisie emporte attribution de la créance du débiteur sur le sous-débiteur au créancier saisissant. Dans les deux situations, dès que le sous-débiteur est informé de la volonté du créancier de son créancier d'agir contre lui, seules les exceptions nées avant cette date peuvent lui être opposées⁴. L'indisponibilité de la créance se produit donc au même moment en matière d'action directe imparfaite et de saisie-attribution. De ce point de vue, les droits du créancier direct et du saisissant sont aussi fragiles l'un que l'autre : le paiement, la compensation, la prescription survenus avant la date d'exercice de leurs prérogatives les privent de toute action à l'encontre du sous-débiteur. L'action directe

¹ Sur le fonctionnement de laquelle v. *supra*, n° 184 et s.

² Exception faite de quelques actions directes générales, à l'exemple de celle qui appartient au créancier alimentaire.

³ M. Cozian, th. précitée, n° 41, p. 31 et s., ainsi que n° 335 et s., p. 206 et s. ; C. Jamin, th. précitée, n° 266 et s., p. 240 et s. Comp. toutefois P. Robino, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, th. Bordeaux, Imprimerie Delmas, 1949, p. 256, estimant qu'en matière d'action directe imparfaite, « l'analogie est alors manifeste avec la saisie-arrêt. Le créancier originaire agissant par voie directe se trouve dans une situation absolument identique à celle du créancier saisissant. L'exercice de l'action produit les effets de l'opposition, tandis que le jugement rendu ultérieurement produit l'effet du jugement de validité, c'est-à-dire réalise le transport de la sous-créance. Ce mécanisme se présente alors à l'état pur. L'immobilisation résulte de l'exercice de l'action directe, comme de l'opposition opérée par le créancier saisissant ».

⁴ V., déjà, M. Cozian, th. précitée, n° 120, p. 78 : « Cette créance n'est immobilisée au profit du créancier direct que s'il en prend lui-même l'initiative, tout comme le saisissant ne bloque la créance saisie qu'en signifiant l'exploit de saisie-arrêt au tiers saisi » ; R. Debray, th. précitée, p. 129 : « Les articles 1753 et 1798 [du Code civil] nous disent expressément que le sous-débiteur n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il peut être débiteur au moment où l'action est intentée. Ce n'est pas ainsi que la loi se serait exprimée si elle n'avait voulu préciser que seuls les actes commis par le débiteur intermédiaire antérieurement à l'action directe sont opposables. C'est intentionnellement qu'elle a employé cette formule, pour fixer dans quelles limites le débiteur intermédiaire reste maître de ses droits. Ces limites s'arrêtent à l'introduction de l'action directe. Après elle, le débiteur intermédiaire ne peut plus toucher sa créance, ni en disposer ; il est dessaisi à concurrence des droits du créancier direct ».

imparfaite peut donc difficilement être qualifiée de sûreté réelle : à sa naissance n'est pas attachée l'affectation de la créance du débiteur intermédiaire sur le sous-débiteur au bénéfice du créancier direct. Les droits du débiteur intermédiaire sur sa créance ne sont, en effet, nullement diminués avant son exercice.

893. Cela ne signifie pas pour autant que l'action directe imparfaite doit être confondue avec la saisie-attribution. D'une part, la procédure à laquelle a recours le créancier direct demeure simplifiée : en tant que titulaire d'un droit propre, il lui suffit de demander le paiement de ce qui lui est dû directement au sous-débiteur, sans passer par le truchement d'un tiers quelconque ; à l'inverse, le recours à la saisie-attribution nécessite un titre exécutoire constatant les caractères de certitude, exigibilité et liquidité de la cause de la saisie, puis l'intervention d'un huissier de justice signifiant la mise en œuvre de l'exécution forcée au tiers saisi, car ce sont les droits du débiteur intermédiaire qui sont exercés. C'est que l'action directe constitue une faveur réservée à certains créanciers, en raison du lien particulier existant entre leur créance sur le débiteur intermédiaire et la créance du débiteur intermédiaire sur le sous-débiteur¹.

894. D'autre part, ce lien intime entre les deux créances, que l'on pourrait qualifier de lien de connexité, justifie le traitement particulier des actions directes par le droit des procédures collectives. Alors que la saisie-attribution, comme toutes les mesures d'exécution forcée, sont interdites à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective², il n'en va pas de même en matière d'actions directes. En effet, celles-ci peuvent être mises en œuvre alors même que tous les autres créanciers du débiteur en difficulté sont soumis à la discipline collective³ : le droit du créancier direct lui appartenant en propre⁴, bien que son contenu soit calqué sur celui qui lie le débiteur subissant la procédure collective au sous-débiteur, l'action directe reconnue

¹ Que l'on songe à l'action directe offerte par l'art. 1753 C. civ. au propriétaire à l'encontre du sous-locataire : ce n'est qu'en raison du contrat de bail liant le bailleur et le preneur que ce dernier a pu sous-louer le bien à un tiers.

² V. *supra*, n° 655 et s.

³ A. Jacquemont, R. Vabres, T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10^e éd., 2017, n° 459, p. 283 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 11^e éd., 2018, n° 703, p. 457 et s.

⁴ R. Debray, th. précitée, p. 56 : « l'action directe est une action en paiement qui est accordée exceptionnellement par la loi à un créancier, en son nom personnel et pour son propre compte, contre un débiteur de son débiteur ».

par la loi lui permet d'agir contre ce dernier¹. A l'inverse, le créancier qui met en œuvre une saisie-attribution ne fait qu'exercer un droit dérivé, le droit de son débiteur contre le tiers saisi...

895. Bilan : portée de la distinction des actions directes parfaites et imparfaites.

L'action directe imparfaite ressemble alors à une « super saisie-attribution », dont la mise en œuvre est facilitée et l'efficacité largement augmentée. Tant l'action directe parfaite que l'action directe imparfaite méritent donc d'être étudiées au sein du droit des garanties, sans toutefois confondre leurs natures². La première constitue une véritable sûreté réelle légale, affectant de manière exclusive la créance du débiteur intermédiaire contre le sous-débiteur au profit du créancier direct dès la naissance de sa créance ; la seconde améliore grandement la situation de son titulaire, sans reposer sur la technique de l'affectation, le débiteur intermédiaire et le sous-débiteur demeurant libre de faire du droit de créance qui les lie ce que bon leur semble tant que le créancier direct n'a pas exercé son action à l'encontre du sous-débiteur : l'avantage est donc exclusivement conféré au stade de l'exécution forcée, la créance n'étant pas réservée *ab initio* au désintéressement du créancier direct.

896. Focalisation sur les privilèges et plan. L'examen des actions directes, dans le cadre d'une théorie générale des sûretés réelles, ne présente toutefois qu'un intérêt limité. En effet, quelles conséquences pratiques tirer de leur appartenance à cette catégorie ? On a déjà pu observer que le droit des procédures collectives ne restreignait pas les prérogatives des créanciers directs. Par ailleurs, malgré la proximité conceptuelle entre fiducies-sûretés et actions directes parfaites, il est difficile de concevoir que le législateur pourrait décider de leur imposer le prélèvement forfaitaire de 10% que nous proposons³. L'action directe est édictée pour renforcer la position d'un créancier qui ne doit pas avoir à subir les conséquences de la

¹ En ce sens, v. surtout C. Jamin, th. précitée, n° 367, p. 324 : « *il est possible de soutenir que le bénéficiaire d'une action directe n'est pas touché par la procédure collective frappant le débiteur intermédiaire, parce qu'exerçant un droit propre il agit directement dans le patrimoine du sous-débiteur sans passer par celui du débiteur intermédiaire* ».

² Cozian ne s'y était pas trompé, qui affirmait qu'« *il faut faire une distinction importante entre les actions directes, car toutes n'ont pas la même vigueur. Les actions traditionnelles, celles qui ont été découvertes au siècle dernier, opèrent à la manière de la saisie-arrêt : l'immobilisation de la créance ne résulte que de l'initiative du créancier direct [...] On voit immédiatement le point faible d'une telle garantie ; son efficacité est liée à une rapidité d'exécution ; le créancier direct doit absolument se manifester avant que la créance de son débiteur ne soit éteinte d'une façon ou d'une autre. De ce point de vue, comme pour un simple créancier chirographaire, sa satisfaction n'est donc que le « prix de la course ». Dans d'autres actions directes, plus perfectionnées, le créancier est à l'abri d'un tel risque. Ce n'est plus son intervention qui entraîne l'immobilisation de la créance qui lui est affectée ; l'immobilisation existe d'office, dès le départ, par la seule vertu de la loi* » (th. précitée, n° 56, pp. 38-39).

³ V. *supra*, n° 670 et s.

défaillance du débiteur intermédiaire. Contrairement à la fiducie-sûreté qui suppose, au moins, un semblant de négociation entre le créancier et son débiteur, on estime que le bénéficiaire de l'action directe n'est pas en mesure d'obtenir l'octroi d'une garantie par son partenaire. Il y aurait donc un paradoxe évident à l'affaiblir au moment où le droit direct est le plus nécessaire. De plus amples développements seraient donc superflus.

Bien au contraire, le droit des privilèges doit retenir toute notre attention. Son actualité est brûlante : alors que, depuis vingt ans, deux thèses avaient été consacrées à la question¹, les discussions autour de la réforme des sûretés à venir nécessitent que l'on s'intéresse à nouveau à eux. Les termes de la loi d'habilitation n'avaient pas permis à la première Commission Grimaldi de moderniser ces sûretés. L'étude d'impact réalisée sur le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises – devenu la loi « PACTE » n° 2019-486 du 22 mai 2019 – insiste sur le caractère indispensable d'une réforme des privilèges². L'avant-projet présenté par l'Association Henri Capitant propose, en conséquence, un sérieux toilettage de ce pan du droit des sûretés, passant par la réécriture de la plupart des textes ainsi que la suppression de sûretés devenues obsolètes³. Pour comprendre la raison d'être de ces modifications considérables, il faut se saisir de l'appel formulé par MM. Simler et Delebecque, qui affirment depuis un certain temps qu'« *une réflexion sur la justification actuelle des privilèges ne serait pas inutile : elle démontrerait sans peine l'anarchie existante, sinon l'incohérence des textes et la nécessité d'une remise en ordre* »⁴. La nécessité de la réforme ne peut se comprendre que par la mise en lumière des causes du désordre qui agite le droit des privilèges (**Section 1**), ce qui conduira à formuler des propositions en faveur de sa remise en ordre (**Section 2**).

¹ N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, th. Toulouse I, 1996 ; M. Rouland, *La qualité de la créance*, th. Paris X – Nanterre, 2007 (il faut toutefois préciser que, bien que les développements concernant les privilèges occupent une place substantielle dans cet ouvrage, l'auteur s'intéresse plus généralement à toutes les « garanties légales du droit de créance »).

² V. l'étude d'impact accessible sur Légifrance, p. 218 : « *les privilèges [...] sont quant à eux excessivement nombreux et n'ont parfois pas été modernisés depuis 1804. Certains d'entre eux sont aujourd'hui tombés en désuétude tandis que d'autres pourraient utilement voir leur régime modernisé* ».

³ V. les art. 2330 à 2332-4, ainsi que les art. 2389 à 2391 et les art. 2405 et s.

⁴ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 763, p. 714.

Section 1 : Le constat du désordre

897. Plan. Le constat du désordre affectant le droit des sûretés légales n'est pas nouveau. Poplawski n'affirmait-il pas, au début du siècle dernier, que les privilèges sont « *si hérissés de difficultés et si peu aisés à dompter qu'ils laissent presque toujours, quelle que soit l'ingéniosité dont on fasse preuve envers eux, échapper quelques anomalies rebelles à toute systématisation, à toute théorie logique* »¹ ? On ne peut pas dire que les évolutions contemporaines du droit des privilèges facilitent leur appréhension. La doctrine n'a pas de mots assez durs pour critiquer leur « *grouillement* »², le « *gloubi bouлга* »³ des privilèges, leur dispersion dans une multitude de Codes, leur constante augmentation résultant de la « *religion du privilège* »⁴ qui anime le législateur lorsqu'il confectionne un « *super mille-feuille* »⁵ bien indigeste... C'est dire que la notion même de privilège devient de plus en plus délicate à cerner (§1), ce qui emporte nécessairement des conséquences néfastes sur la clarté du régime applicable (§2).

§1) La complexité de la notion de privilège

898. Plan. Le plus petit dénominateur commun à l'ensemble des garanties dénommées « privilèges » consiste dans leur origine légale et dans le droit de préférence accordé au créancier méritant. Pourtant, même à ce stade, la matière est brouillée par la qualification de privilège octroyée à des droits de préférence issus de sûretés conventionnelles, les rédacteurs

¹ R. Poplawski, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, th. Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1913, p. 6.

² D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8 et s., n° 5.

³ C. Lèguevaques, « La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges... et moins de privilégiés », *LPA* 21 sept. 2006, p. 39 et s.

⁴ M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, n° 6, p. 34.

⁵ P.-M. Le Corre, « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, p. 80 et s. : « *Le droit français des sûretés s'apparente à un super mille-feuille : le législateur a empilé les privilèges les uns sur les autres, parfois les uns dans les autres, sans parfois se soucier de la façon dont la superposition est assurée, ou si la couche supplémentaire doit être placée au-dessus ou en dessous de telle ou telle autre couche ou encore si la prétendue couche supplémentaire n'existerait pas déjà. Cette remarque semble frappée au coin du bon sens en ce qui concerne précisément ce nouveau privilège. À celui qui distribuera les parts du gâteau de se débrouiller... De toute façon, ce n'est pas bien grave : personne n'y comprend rien et donc personne n'y trouve à redire !* ».

du Code civil et de quelques lois spéciales ayant reproduit l'erreur initiale de Pothier¹. C'est ainsi que l'on voit apparaître le « privilège du gagiste »², que le législateur intime l'ordre au créancier qui a reçu un paiement en violation de « *l'ordre des privilèges* » de restituer la somme indument perçue³, ou encore que le Code du cinéma et de l'image animée mentionne le « *privilège issu du contrat de nantissement* » et, pour faire bonne mesure, l'oppose au « *privilège légal* »⁴... Il faut prendre garde au sens des mots. Si un texte fait référence à la technique spécifique de prélèvement prioritaire de tout ou partie du prix de vente du bien grevé d'une sûreté, il doit mentionner le « droit de préférence », commun à toutes les sûretés réelles préférentielles, quelle que soit leur origine. En revanche, si une disposition entend traiter de l'origine légale de la sûreté conférant le droit de préférence, le seul terme approprié est celui de « privilège »⁵. Le « privilège légal » évoqué par le Code du cinéma et de l'image animée est donc un pléonasme qu'il faut bannir des textes.

Alors même que les concepts théoriques de base sont malmenés dans les textes, il n'est pas étonnant qu'il soit difficile de cerner la notion de privilège. Les différences de structure entre les multiples sûretés légales n'incitent pas à se prononcer en faveur de l'unité notionnelle de la catégorie. En effet, il s'avère que, si certains privilèges spéciaux, essentiellement immobiliers, peuvent être aisément qualifiés de sûretés réelles, il n'en va pas de même pour tous les autres (A). On pourrait toutefois objecter qu'à l'examen des textes du Code civil, l'existence d'une catégorie homogène de sûretés légales ne fait pas de doute, ces garanties étant toutes fondées sur la « qualité de la créance » garantie. Le paradoxe n'est qu'apparent : il ne faut pas se laisser abuser par ce fondement extrêmement flou, qui dissimule mal la réalité d'un jugement de valeur totalement arbitraire de la part du législateur (B).

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la procédure civile – Traité de la procédure criminelle*, in J.-J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, T. X, Cosse, Delamotte et Videcoq, Paris, 1848, n° 482, p. 227. Domat, au contraire, distinguait soigneusement les deux situations, affirmant qu'« on ne met pas au nombre des privilèges la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage et qui sont en sa puissance. Car cette préférence n'est pas fondée sur la qualité de la créance, mais sur la sûreté que le créancier a prise se saisissant du gage » (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Savoye, 1756, p. 207).

² Art. 2332, 2° C. civ. L'avant-projet de réforme supprime cette expression pour la remplacer fort opportunément par « *le droit de préférence conféré par le gage* » (art. 2332-4).

³ Art. L. 643-7-1 C. com.

⁴ Art. L. 124-1 et L. 124-2 du Code du cinéma et de l'image animée.

⁵ On comprend alors qu'il existe une impossibilité logique à ce que des privilèges reposent sur l'idée de « gage tacite », leur origine légale s'opposant frontalement à l'existence de l'accord de volontés nécessaire à la constitution du gage, v. *infra*, n° 941 et s.

A) *La mise en lumière de la diversité des privilèges*

899. Unité ou diversité des privilèges. Bien que les textes du Code civil soient parfaitement explicites, la qualification de sûreté réelle des privilèges est périodiquement remise en question. Selon l'auteur d'une thèse sur le sujet, il ne s'agit que de « *droits personnels renforcés* »¹. La doctrine étrangère est également divisée sur ce point, si bien que l'on a pu esquisser une distinction entre les véritables sûretés réelles, conférant dès leur constitution une position plus favorable à leur bénéficiaire, et les privilèges, ne constituant un avantage que lors de la distribution des fonds issus de la vente des biens grevés².

900. Les anciens auteurs, qui raisonnaient à partir du modèle des droits réels, distinguaient en outre les privilèges immobiliers spéciaux, véritables sûretés réelles en raison du droit de suite qu'ils confèrent, et les privilèges mobiliers spéciaux, qui ne pouvaient être qualifiés de la sorte en raison de son absence. Si l'une des prérogatives classiquement conférées par le droit réel manquait à l'appel, alors, cette catégorie de privilège ne pouvait entrer dans la famille des sûretés. Il nous semble que les difficultés peuvent être résolues par une approche dualiste de la notion de privilège. Certes, le droit de préférence est commun à tous les mécanismes baptisés de la sorte³, mais cela paraît insuffisant pour bâtir une théorie cohérente, eu égard à la différence flagrante de nature entre les privilèges généraux et certains privilèges spéciaux. Seuls ces derniers devraient pleinement mériter l'appellation de sûreté réelle.

901. Les privilèges généraux, de purs droits de préférence. La théorie des auteurs favorables à l'exclusion des privilèges de la catégorie des sûretés réelles s'avère parfaitement fondée en matière de privilèges généraux. Dans cette situation précise, la ressemblance de l'institution actuelle avec le *privilegium* de droit romain est frappante. En effet, ce dernier ne

¹ N. Sempé, th. précitée, n° 34, p. 234.

² H. De Page et R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 7, *Les privilèges, les hypothèques*, vol. 1, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1943, n° 26, p. 28 : « à vrai dire, le créancier privilégié n'a jamais eu de droits sur la chose même, il n'en a que sur le prix de la chose » ; M. Grégoire, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, préf. A.-M. Stranart, avant-propos P. Van Ommeslaghe, Bruylant, coll. de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1992, n° 46, p. 30, n° 77, p. 48 et, surtout, n° 137, p. 75.

³ M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, n° 863, p. 619 : « L'unité de la portée des privilèges se forge autour de la portée [du] seul droit réel de préférence sur le prix de vente du bien composant son assiette [...] Il est le seul droit qui soit commun à l'ensemble des privilèges ».

s'analysait pas comme une sûreté réelle, mais comme un simple « *tour de faveur* » ne jouant un rôle qu'au stade de la distribution des deniers¹. L'on peut s'en convaincre en confrontant les caractères principaux de ces privilèges aux grands traits du concept de sûreté réelle exposés précédemment.

902. A titre de prolégomènes, il est important de distinguer deux catégories au sein des privilèges généraux. Tout d'abord, dans le Code civil, la combinaison des articles 2331 et 2375 nous apprend que la créance des frais de justice et certaines créances de salaires sont privilégiées sur la généralité des meubles et des immeubles. Par renvoi à ces textes, le privilège offert par l'article L. 131-8 du Code de la propriété intellectuelle aux auteurs, compositeurs et artistes est également pleinement général. Le Code de commerce confère ensuite un privilège pleinement général à ceux qui ont consenti à aider le débiteur en difficulté au cours de la procédure de conciliation², ou au cours de la procédure collective dans le but de faciliter son déroulement ou de fournir une prestation pour que le débiteur puisse subvenir à ses besoins³. Parmi les privilèges de la procédure collective, il faut enfin citer le « superprivilège » des salariés de l'article L. 3253-2 du Code du Travail. La deuxième catégorie est composée des privilèges généraux mobiliers de l'article 2331 du Code civil ainsi que du privilège mobilier général du Trésor Public énoncé à l'article 1920 du Code Général des Impôts et, enfin, du privilège appartenant aux producteurs agricoles aux termes de l'article 2332-4 du Code civil⁴. Il n'existe en revanche pas de privilèges généraux uniquement immobiliers.

903. Est-il possible de parler d'affectation de biens à la garantie de la créance du bénéficiaire du privilège général ? En matière de privilèges pleinement généraux, la réponse s'impose assez naturellement : s'agissant d'une technique par laquelle la loi confère un droit de préférence au créancier sur le prix de vente de l'ensemble des biens composant le patrimoine

¹ A. Badaoui, *Le développement de la notion du privilège*, th. Grenoble, Allier Frères, Imprimeurs de l'université, 1912, p. 12 ; G. Briault, *De la notion du privilège en droit civil français*, th. Paris, V. Giard et E. Brière, libraires-éditeurs, 1911, n° 5, pp. 19-20. Plus récemment, v. C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 37, 2009, n° 96, p. 62.

² Art. L. 611-11 C. com.

³ Art. L. 622-17 C. com. ; v. également l'art. 5, IV de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19.

⁴ Le texte ne donne aucun renseignement quant à l'assiette du privilège, mais se trouve dans un chapitre dédié aux privilèges mobiliers. On peut donc supposer qu'il s'exerce sur l'intégralité de l'actif mobilier du débiteur. *Contra*, estimant qu'il s'agit d'un privilège pleinement général, D. Legeais, « Sûreté réelle – Privilège », *RDBF* mars 2017, comm. 77.

de son débiteur, l'étendue de la garantie s'oppose frontalement à la technique de l'affectation. Il a déjà été indiqué que l'affectation d'un patrimoine était juridiquement dépourvue de sens, car affecter signifie choisir la destination d'un bien et déroger ainsi à son régime juridique habituel¹. Or, en ce qui concerne les privilèges pleinement généraux, les biens du débiteur ne sont pas plus affectés à la satisfaction du créancier privilégié qu'à celle de tout créancier chirographaire. Avant la défaillance du débiteur, la condition du titulaire d'un privilège général n'est en rien différente de celle d'un créancier ordinaire². Le privilège ne déploie véritablement ses effets qu'après cette défaillance, lorsqu'il est temps de répartir entre les différents créanciers le prix de vente des biens du débiteur³. Comme le *privilegium* de droit romain, le privilège pleinement général ne constitue effectivement qu'un « *droit personnel renforcé* », et ne repose certainement pas sur une affectation créatrice d'une obligation réelle de garantir sa propre dette⁴.

904. Se prononcer en sens inverse serait par ailleurs une catastrophe du point de vue économique : comment se satisfaire d'une restriction des pouvoirs du constituant, d'origine légale, sur l'ensemble de son patrimoine ? Il est nécessaire que les entraves au principe de libre circulation des biens soient limitées au minimum⁵. Il en va de même en matière de sûretés réelles conventionnelles : il est permis à un créancier de grever l'intégralité du patrimoine de son débiteur de droits de préférence, mais cela ne peut se faire qu'étape par étape. Malgré l'assouplissement considérable du principe de spécialité par la réforme du 23 mars 2006⁶, aucune sûreté ne peut conférer un droit de préférence sur l'ensemble du patrimoine mobilier et immobilier du débiteur simultanément. Le privilège général n'est donc pas autre chose qu'un

¹ V. *supra*, n° 277 et s.

² Rapp. L. Sauton-Laguionie, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 500, 2008, n° 433, p. 294 : « Par hypothèse, le créancier titulaire d'un droit de gage général peut obtenir paiement de sa créance sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur. N'ayant toutefois aucun droit déterminé sur l'un des éléments composant ce patrimoine, il ne peut en principe critiquer l'acte que le débiteur passe sur tel ou tel de ses biens. Tel est le cas des créanciers de sommes d'argent mais également des créanciers dont le droit est assorti d'une sûreté personnelle ou d'un privilège général, lesquels ne confèrent aucun droit particulier sur l'un des biens du débiteur mais bien un droit de gage général ».

³ V., développant la même idée, M. Dagot, « La notion de privilège », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, pp. 341-342.

⁴ Dans un sens comparable, v. P. Crocq, th. précitée, n° 314, pp. 268-269 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, F. Pichon, 2^e éd., 1902, n° 2545, p. 770.

⁵ V., refusant au titulaire d'un privilège général le bénéfice de « l'action paulienne spéciale » (sur laquelle, v. *supra*, n° 347 et s.), J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n. 205, pp. 362-363 : « cette action paulienne spéciale [...] ne concerne que les titulaires de droits spéciaux sur tel ou tel bien, donc pas les créanciers ayant un privilège général : ceux-ci devront, conformément au droit commun, démontrer l'insolvabilité du débiteur ».

⁶ Sur lequel, v. *supra*, n° 295 et s.

droit de gage général à réalisation préférentielle. On ne peut alors que s'étonner de l'appétence des créanciers pour les privilèges généraux, qui ne confèrent aucune réelle sécurité à leurs titulaires, condamnés à subir sans pouvoir réagir les saisies-attributions diligentées par les créanciers chirographaires¹ comme la mise en œuvre de la faculté d'attribution judiciaire ou du pacte commissaire².

905. La question est plus complexe en matière de privilèges mobiliers généraux. Le créancier privilégié ne peut pas exercer son droit de préférence sur l'intégralité du produit de la vente du patrimoine de son débiteur, mais uniquement sur le produit de la vente des biens mobiliers. Malgré cela, il ne nous semble pas possible d'y voir une affectation légale de ces biens à la garantie de sa créance. Encore une fois, l'on peine à déterminer en quoi le régime juridique des biens meubles du débiteur subit une modification en raison de l'octroi d'un privilège mobilier général à son créancier. Toutefois, il est arrivé à la jurisprudence de qualifier une telle garantie de sûreté réelle, afin de faire bénéficier le Trésor Public de l'obligation qui incombe au mandataire judiciaire d'avertir personnellement les titulaires de sûretés publiées de la nécessité de déclarer leur créance dans la procédure collective qui frappe leur débiteur³. On peut n'être pas convaincu du bien-fondé de la solution sur le plan de la théorie pure. Il était cependant impossible pour les juges, en opportunité, de choisir l'autre branche de l'alternative. La sanction du défaut de déclaration consistait, à l'époque où l'arrêt a été rendu, en l'extinction de la créance et de ses accessoires. Pouvait-on imaginer la Cour de cassation priver le Trésor Public de ses droits ?

906. Il faut donc se résoudre à constater la dissociation de la théorie et de la pratique en ce qui concerne les privilèges mobiliers généraux : en théorie, ils ne constituent pas des sûretés réelles, faute d'affectation et de pouvoir quelconque du bénéficiaire sur l'assiette du privilège

¹ M. Bandrac, « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 49, n° 29-30.

² Sur l'exclusion de la plupart des titulaires de privilèges par la mise en œuvre des techniques de « propriété-réalisation », v. *supra*, n° 634 et s.

³ Com., 4 juillet 2000, *Bull. civ.* IV, n° 137, p. 124 (97-22414) ; *JCP G* 2001, doct. 315, n° 22, obs. Ph. Delebecque : « après avoir énoncé que le privilège mobilier accordé à l'administration fiscale par l'article 1926 du Code général des Impôts est une sûreté, l'arrêt relève que celle-ci a été publiée le 7 août 1995 et constate, dans l'exercice de son pouvoir souverain, et dans le respect de l'objet du litige, que le liquidateur ne rapporte pas la preuve qu'il ait averti le créancier dans les formes prévues par l'article 66 du décret du 27 décembre 1985 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui en a déduit, en application de l'article 53, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985, que la forclusion n'était pas opposable à ce créancier, a légalement justifié sa décision d'admettre la créance ».

avant la défaillance du débiteur¹ ; en pratique, la jurisprudence leur applique parfois cette qualification². Un retour à davantage de cohérence devrait passer par la reconnaissance de la véritable nature des privilèges généraux : par ce biais, la loi confère à leurs titulaires un droit de préférence sur le prix de vente de tous les biens du débiteur ou de l'intégralité de ses meubles, mais cela ne constitue pas une sûreté pour autant. Le Trésor Public ne devrait ainsi pas bénéficier de l'avertissement personnel qui incombe aux organes de la procédure collective. Ce résultat n'est pas si dérangeant : d'une part, cela responsabiliserait le Trésor, en l'obligeant à réclamer rapidement le paiement du passif fiscal en souffrance ; d'autre part, la sanction actuelle du défaut de déclaration ne consiste plus en l'extinction de la créance, mais en son inopposabilité à la procédure collective.

907. La dualité des privilèges spéciaux. La dualité de la notion de privilège apparaît de façon éclatante lorsque l'on compare ce qui vient d'être dit à propos des privilèges généraux à la situation du bénéficiaire d'un privilège spécial. Si l'on refusait de considérer les privilèges spéciaux comme des sûretés réelles, ils ne présenteraient que peu d'intérêt pour leurs bénéficiaires. En effet, le créancier titulaire d'un tel privilège se voit octroyer un droit spécial sur une assiette restreinte. Il est alors indispensable, s'agissant d'un droit peu étendu, qu'il bénéficie d'une certaine emprise sur le bien grevé du privilège, sa sécurité dépendant intégralement de l'effectivité de ses prérogatives sur cette assiette. La technique de l'affectation, qui empêche le débiteur d'exercer sa liberté de gestion patrimoniale sur les biens affectés, est précisément à même d'assurer cette protection du créancier. Pourtant, la dualité des privilèges s'exprime également au sein même de la catégorie des privilèges spéciaux : s'il est certain que les privilèges immobiliers spéciaux, présentant un lien de parenté étroit avec les hypothèques, constituent de véritables sûretés, une partition du droit des privilèges mobiliers spéciaux doit être effectuée.

¹ Rappr. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 605, p. 451 : « *les sûretés générales se situent quelque peu en marge du concept de sûreté réelle, car elles n'exploitent pas pleinement la technique de l'affectation* ».

² En ce sens, Ph. Delebecque, obs. précitées : « *Si l'on considère la structure du privilège général, il est difficile de dire qu'il contient une idée d'affectation. Son titulaire jouit d'un rang de priorité, mais ne peut exercer de prérogatives particulières sur les biens de son débiteur, si ce n'est les prérogatives accordées à tout créancier chirographaire [...] Il est vrai, cependant, qu'une telle analyse technique n'est pas de nature à plaire aux créanciers privilégiés, dont le Fisc et la Sécurité sociale, et surtout risque de conduire à un déclassement, sinon à une dévaluation de leurs créances, spécialement à l'occasion d'une procédure collective. Technique contre politique : il fallait, tôt ou tard, trancher* ».

908. Si l'on s'intéresse à la cession de biens grevés de privilèges immobiliers spéciaux, la question est rapidement résolue¹. S'agissant de mécanismes extrêmement proches des hypothèques, il suffit de constater que la publicité régulière emporte l'attribution d'un droit de suite au bénéfice du créancier privilégié², qui le protège d'une aliénation du bien grevé en conduisant à la transmission de l'obligation réelle de garantie au tiers acquéreur – et donc, dans l'écrasante majorité des cas, à son désintéressement grâce à la technique de la purge. Si jamais la somme obtenue devait être inférieure au montant de la créance garantie, le créancier pourrait agir pour obtenir le paiement du reliquat, à titre chirographaire, auprès du débiteur principal³. Le tiers acquéreur, lui, serait libéré par l'exécution de sa prestation réelle de règlement. La dualité du droit de gage spécial sur le bien grevé et du droit de gage général sur le reste du patrimoine du débiteur se retrouve donc en matière de vente de biens grevés de privilèges immobiliers spéciaux.

909. La découverte de la nature des privilèges spéciaux mobiliers passe par un retour rapide aux principes généraux applicables aux sûretés réelles. L'affectation, on le sait, peut protéger son titulaire de deux manières différentes : lorsqu'elle est hypothécaire, elle restreint légèrement les pouvoirs de disposition du constituant en lui interdisant de porter atteinte à la valeur ou à la matérialité du bien grevé, mais en le laissant libre d'en transférer la propriété à un tiers ; à l'inverse, l'affectation non-hypothécaire ne conférant pas de droit de suite virtuellement illimité, la protection du créancier doit passer par le maintien du bien grevé dans le patrimoine du constituant, l'action paulienne « spéciale » et les diverses obligations qui lui sont imposées renforçant la position du bénéficiaire⁴. Pour déterminer si les privilèges mobiliers spéciaux sont des sûretés réelles, il faut donc vérifier si l'une des deux modalités d'affectation peut être repérée au sein de l'architecture de ces garanties.

910. Privilèges mobiliers spéciaux et droit de suite. Le législateur étant peu disert sur la question du droit de suite, il est revenu à la jurisprudence et à la doctrine d'exposer dans quels cas le privilège donne le droit à son bénéficiaire de suivre le bien grevé en quelques mains

¹ Sur la distinction du privilège général, simple règle de classement, et du privilège immobilier spécial, véritable sûreté réelle, v. M. Dagot, « La notion de privilège », art. précité, pp. 342-343.

² Art. 2461 C. civ.

³ Sur la situation du tiers acquéreur d'un bien grevé de sûreté réelle avec droit de suite, v. *supra*, n° 364 et s.

⁴ Sur la distinction des sûretés hypothécaires et non-hypothécaires, v. *supra*, n° 818 et s.

qu'il passe. Il nous semble que la position doctrinale majoritaire, retenue également par l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant¹, est bien fondée : il ne faut reconnaître de droit de suite, prérogative exceptionnelle s'il en est, qu'aux créanciers auxquels la loi le confère expressément. L'article 2461 du Code civil établit une liste limitative des bénéficiaires du droit de suite en matière immobilière. Il s'agit des créanciers « *ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble* ». L'inscription de la sûreté est donc une condition *sine qua non* du bénéfice d'un droit de suite. Cela se comprend bien : la possibilité de poursuivre un tiers en raison d'une créance qu'il n'a pas contractée ne doit être offerte à un créancier que si le débiteur réel a les moyens de s'informer sur la situation du bien avant de l'acquérir, ce qui lui ouvre l'option de purger ou non les sûretés qui le grèvent. Le droit de suite n'est tolérable que si le débiteur réel accepte de s'y soumettre en connaissance de cause. Tous les privilèges immobiliers spéciaux qui sont inscrits, c'est-à-dire tous ceux qui sont cités à l'article 2374 du Code civil, à l'exception notable du privilège du syndicat des copropriétaires, offrent donc un droit de suite au créancier diligent. En revanche, ce dernier privilège, ainsi que les privilèges généraux, qui sont dispensés d'inscription par l'article 2378 du Code civil, ne peuvent conférer un droit de suite à leur bénéficiaire².

911. En matière mobilière, la question est davantage discutée en raison du jeu de l'article 2276 du Code civil. Aux termes de ce texte, « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». Cette disposition s'oppose frontalement à l'existence d'un droit de suite dans les privilèges mobiliers spéciaux et les privilèges pleinement généraux ou généraux mobiliers : s'agissant de sûretés mobilières sans dépossession et sans formalités de publicité, le tiers acquéreur du bien grevé n'a pas à supporter les charges pesant sur le bien désigné par la loi instituant le privilège. Comme il ne peut être informé de l'existence de la garantie, le créancier n'a pas la possibilité d'agir à son encontre. Les particularités de la matière mobilière imposent cette différence.

¹ V. l'art. 2330, al. 4 de l'avant-projet : « *Sauf disposition contraire, ils [les privilèges mobiliers] ne confèrent pas de droit de suite* ». La solution est identique en droit québécois, un droit de suite n'étant reconnu qu'aux titulaires de sûretés légales qualifiées d'hypothèques, et non aux bénéficiaires de simples priorités, v. L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Éditions Yvon Blais, 5^e éd., 2015, n° 196 et s., p. 95 et s., ainsi que D. Pratte, « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », (1992) 23 *RDUS*.

² La charge imposée au tiers acquéreur serait trop lourde. Ces créanciers bénéficient cependant d'autres avantages : le privilège général dispose d'une assiette très étendue, ce qui explique qu'il s'exerce avant tout sur le patrimoine mobilier du débiteur, et subsidiairement sur les immeubles (art. 2376 C. civ.), or les créances bénéficiant de ce privilège sont souvent de faible montant, l'exécution forcée sur les meubles doit donc suffire, dans la plupart des cas, à désintéresser le créancier. Le syndicat des copropriétaires bénéficie quant à lui du premier rang sur le produit de la vente de l'immeuble en raison du caractère occulte de son privilège. Ils ne sont donc pas lésés par l'absence de droit de suite.

Toutefois, il ne s'agit là que d'un principe. De nombreuses exceptions peuvent être relevées, le législateur estimant parfois de manière très claire que certains titulaires de privilèges mobiliers spéciaux méritent un droit de suite¹, la jurisprudence suppléant ses carences lorsque le texte apparaît trop obscur². Sans prétention à l'exhaustivité, l'on peut mentionner assez logiquement les sûretés légales portant sur des biens soumis à un système de publicité complet, tels que les privilèges sur bateaux³, navires⁴, aéronefs⁵ ainsi que celui du vendeur de fonds de commerce⁶. De manière plus surprenante, le bailleur d'immeuble est également investi d'une telle prérogative⁷, dont l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant envisage de le priver⁸. Ces privilèges mobiliers spéciaux munis de droits de suite sont sans conteste des sûretés réelles, conférant à leurs bénéficiaires un véritable droit sur le bien, dans la mesure où ils peuvent le suivre en quelques mains qu'il passe. Mais que décider hors de ce domaine étroit ?

912. Privilèges mobiliers spéciaux et obligation de conservation. Le bénéfice de l'action paulienne « spéciale » est, on le sait, reconnu aux titulaires de sûretés conventionnelles afin de permettre aux créanciers de critiquer les actes passés par le débiteur dans le seul but de diminuer leurs droits spéciaux⁹. Pour imaginer accorder le bénéfice de cette action au titulaire d'un privilège mobilier spécial, il faudrait parvenir à démontrer que le titulaire d'un tel privilège est créancier d'une obligation légale de conservation à l'encontre du débiteur. Cependant, hors du périmètre des privilèges précités, aucun texte n'investit les créanciers privilégiés sur un meuble de droits spéciaux. Ils bénéficient certainement des dispositions de l'article 1305-4 du

¹ Il faut en effet bien prendre conscience de ce que « lorsque le législateur veut investir le créancier d'un droit aussi exceptionnel que le droit de suite, il ne manque pas de s'en expliquer clairement. Faute de texte spécial enrichissant le privilège d'une telle prérogative, il faut indubitablement conclure à son inexistence » (C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016, n° 266, pp. 257-258).

² V., à propos du droit de suite attaché au privilège du Trésor pour le recouvrement de la taxe foncière, Com., 28 mars 2006, *Bull. civ. IV*, n° 80, p. 79 (n° 03-13822).

³ Art. L. 4122-18 C. transports.

⁴ Art. L. 5114-18 C. transports.

⁵ Art. L. 6122-17 C. transports.

⁶ Art. L. 143-12 C. com.

⁷ Art. 2332, 1° C. civ.

⁸ En l'état actuel des choses, l'on peut remarquer ici l'existence de la dualité des droits de poursuite que nous avons mise en lumière dans l'étude des sûretés réelles conventionnelles (v. *supra*, n° 360 et s.). C'est ainsi que le bailleur d'immeuble, lorsqu'il veut mettre en œuvre son privilège, bénéficie de facilités dans l'exécution qui sont totalement étrangères aux droits d'un créancier chirographaire... ou d'un titulaire de privilège général. Il pouvait, avant la réforme des procédures civiles d'exécution, déclencher une mesure conservatoire qui n'appartenait qu'à lui, la saisie-gagerie, rendant ainsi l'assiette de son privilège indisponible sans avoir à justifier d'une urgence dans le recouvrement de sa créance. Il est aussi titulaire d'un « droit de revendication » assimilable à un embryon de droit de suite, ce qui est parfaitement inconcevable en matière de privilèges généraux, sauf à restreindre considérablement les possibilités de libre circulation des biens. Ces prérogatives hors du commun, localisées uniquement sur l'assiette de la sûreté du bailleur, démontrent bien l'existence de l'obligation réelle d'origine légale qui est imposée au preneur.

⁹ V. *supra*, n° 347 et s.

Code civil, et donc de la déchéance du terme prononcée à l'encontre du débiteur lorsqu'il diminue les sûretés garantissant l'obligation, mais il ne s'agit pas là d'un argument déterminant, la jurisprudence ayant une vision très compréhensive du concept de sûreté dans l'application de cet article, qui confine à la confusion avec la garantie¹. Avec la déchéance du terme vient le droit de vendre le bien sur la valeur duquel s'exerce le privilège, et donc la mise en œuvre de la rupture d'égalité dans la distribution. Le débiteur peut donc, tant qu'il ne diminue pas la valeur du bien visé par la loi, librement le gérer ou même le vendre. Les privilèges spéciaux dépourvus de droit de suite ne peuvent ainsi s'analyser comme des sûretés réelles, mais de simples garanties préférentielles sur la valeur du bien désigné par la loi instituant le privilège. Leurs bénéficiaires sont donc de simples créanciers chirographaires privilégiés dans la distribution des fonds produits par la vente des biens sur la valeur desquels la loi leur a octroyé un droit de prélèvement prioritaire.

913. Bilan : Seuls les privilèges conférant un droit de suite sont des sûretés réelles. Il apparaît donc que le seul moyen de produire une analyse des privilèges qui corresponde au droit positif consiste à prendre acte de leur dualité². D'un côté se trouvent les privilèges généraux et les privilèges mobiliers spéciaux dépourvus de droit de suite, qui se définissent comme des garanties préférentielles distinctes des sûretés, faute d'affectation et de manifestation du privilège avant la défaillance du débiteur³. De l'autre se situent les privilèges spéciaux pourvus de droit de suite, qu'ils soient immobiliers – dans la majorité des cas – ou exceptionnellement

¹ V. not. Civ. 1^{er}, 9 mai 1994, *Bull. civ.* I, n° 171, p. 127 (n° 92-15063), *RTD Civ.* 1995. 110, obs. Mestre ; *Defrénois* mars 1995, p. 340, obs. Ph. Delebecque. Cet arrêt qualifie de sûreté la technique de remboursement d'un prêt accordé par une société à l'un de ses salariés par prélèvement direct sur son salaire. M. Mestre estime que la Cour de cassation « paraît bien, en revanche, avaliser une conception large de la sûreté englobant ces garanties contractuelles dont les créanciers sont aujourd'hui friands et qui sont offertes par des situations de réciprocité », tandis que M. Delebecque affirme que « l'arrêt, au-delà de l'intérêt particulier de l'espèce, donne l'occasion de vérifier que les notions de garantie – ce qu'est une clause de domiciliation de salaires ou une clause qui, comme en l'occurrence, autorise un «prélèvement direct» sur salaires, ce qui revient à permettre une compensation – et de sûreté sont, pour la jurisprudence, équivalentes ».

² Comp., déjà, L. Thézard, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, Ernest Thorin, éditeur, 1880, n° 267, pp. 364-365 : « A part les privilèges généraux [...] qui rappellent les privilegia inter chirographarios du droit romain, et ne comportent pas l'idée d'un droit réel proprement dit, le plus grand nombre des privilèges peut être considéré comme constituant autant d'hypothèques tacites ou légales [...] » ainsi que n° 369, pp. 484-485, ou encore H. Westendorf, *Le transfert des sûretés*, préf. P. Crocq et A. Prüm, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 54, 2015, n° 163, p. 121. Comp. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 586, p. 434, qui estiment qu'il existe trois notions de privilège, dont « le privilège général [...] qui apparaît comme un membre marginal de la famille des sûretés, mais qui pourrait en être retiré si on se décidait à admettre qu'il n'est qu'une règle de classement ».

³ Ce qui révèle « l'ancestrale confusion des sûretés réelles et des privilèges » (F. Zenati, « Avant-propos », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 8).

mobiliers, par lesquels la loi affecte un bien donné à la garantie d'une créance déterminée¹, ce qui a pour conséquence de faire peser une obligation légale de garantir sa propre dette sur les épaules du débiteur. Il est ainsi tenu d'une prestation de couverture jusqu'à sa défaillance, et d'une prestation de règlement par la suite. La technique et la structure du privilège spécial conférant un droit de suite à son bénéficiaire répondent donc exactement à la définition des sûretés réelles. Malgré cette dualité, les textes du Code civil les définissent tous comme des droits accordés par la loi en raison de la « qualité de la créance ». Fonder une théorie des privilèges sur cette notion s'avère toutefois délicat, tant elle est floue et reflète des réalités diverses.

B) L'unité apparente sur le fondement de la « qualité de la créance »

914. La source légale du privilège. Contrairement aux sûretés réelles étudiées jusqu'à présent, le privilège ne tire pas sa force d'un accord de volontés entre les parties ou d'un jugement, mais uniquement de la loi. Comme son étymologie l'indique, il constitue une loi privée – *privata lex* –, propre à un seul individu par opposition au droit commun (*lex communis*). C'est ainsi que le *privilegium* du droit romain consistait en une faveur faite au stade de la distribution des sommes issues de la réalisation du patrimoine du débiteur². Le privilège du droit contemporain constitue de la même manière une faveur pour son bénéficiaire, en lui permettant de s'extraire automatiquement du principe d'égalité des créanciers posé par le premier alinéa de l'article 2285 du Code civil. Il faut prendre conscience du caractère exceptionnel de ce droit, octroyé sans que le débiteur ait son mot à dire. Il est ainsi impossible de parler de « constituant » du privilège dans la mesure où le débiteur se trouve dans une position passive – il subit véritablement la constitution de la sûreté.

¹ V., par ex., C. Juillet, th. précitée, n° 102, p. 66. Pour un parallèle avec le droit romain, v. A. Flachet, *Des privilèges sur les meubles*, th. Paris, Imprimerie de Mme V^{ve} Dondey-Dupré, 1852, n° 6, p. 11 : « Chez nous il y a des créanciers chirographaires simples : je crois qu'il faut encore reconnaître des créanciers chirographaires privilégiés dans nos privilégiés sur certains meubles. En effet, nous n'avons plus d'hypothèque sur les meubles comme les Romains, ils ne seront donc préférés qu'aux simples chirographaires. Il est incontestable qu'il y a dans notre droit des créanciers hypothécaires. Et enfin, comment appellerons-nous ceux qui ont privilège sur les immeubles, si ce n'est des créanciers hypothécaires privilégiés. Je conclus que nous avons encore dans notre droit les quatre classes de créanciers qui existaient dans le droit romain ».

² Sur la nature du *privilegium* romain, v. *supra*, n° 901.

915. L'on comprend alors la règle posée par l'adage « *pas de privilège sans texte* ». Seul le législateur doit être en mesure de conférer des droits de préférence, sans formalités, à ceux qu'il en juge digne. Les parties n'ont aucun pouvoir en ce domaine et le risque d'arbitraire attaché à l'immixtion du juge par le biais de l'interprétation est limité¹. Ce dernier est lié par les termes du texte et ne peut les étendre à des personnes ou des créances qui ne sont pas expressément citées². Ce principe a paru si important aux rédacteurs de l'avant-projet de réforme porté par l'Association Henri Capitant qu'ils ont jugé bon de l'insérer expressément tant dans les textes relatifs aux privilèges mobiliers que dans le régime des privilèges immobiliers³. Le risque est toutefois limité mais non supprimé car, si le juge se plie le plus souvent à cette contrainte, il arrive qu'il cède aux sirènes de l'interprétation extensive lorsque la situation du créancier lui semble mériter un traitement de faveur. L'analogie, bien qu'exceptionnelle, n'est ainsi pas totalement inconnue du droit des privilèges⁴.

916. Ces observations ne valent toutefois que lorsque le texte à appliquer est concis. En effet, autre chose est la question de savoir si, lorsque sa rédaction est particulièrement compréhensive, il faut faire prévaloir l'interprétation stricte ou s'autoriser une interprétation large. A partir du moment où une disposition floue a été rédigée, *ubi lex non distinguit*, le juge

¹ Sur ces deux aspects de l'interprétation stricte des privilèges, l'impossibilité de créer un privilège non prévu par la loi et l'interdiction d'étendre un privilège au-delà de ses limites, v. M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois – Essai de méthodologie*, préf. P.-Y. Gautier, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 48, 2012, n° 113 et s., p. 55 et s.

² V., parmi bien d'autres exemples, l'un des arrêts les plus clairs sur la question, Req., 18 mai 1831, *GAJC*, n° 305, p. 838 et s. : « attendu que tout privilège en général [...] doit être strictement restreint dans les cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi, et qu'il n'est pas permis de l'étendre à d'autres cas par analogie ». Plus récemment, on peut citer une décision de la Première Chambre civile de la Cour de cassation qui casse un arrêt d'appel ayant étendu, au bénéfice de s auteurs, compositeurs et artistes, sans restriction de durée, le privilège général appartenant aux salariés aux termes des textes du Code civil, alors que l'art. L. 131-8 CPI limite cette faveur aux créances des trois dernières années (Civ. 1^{er}, 27 mars 2019, n° 18-10605).

³ V. les art. 2330, al. 3 et 2389, al. 3 de l'avant-projet de réforme : « Ils [les privilèges] sont de droit strict ».

⁴ En ce sens, v. not. Civ., 1^{er} avril 1863, *DP*. 1863. I. 184, qui inclut dans le champ des créances garanties par le privilège du vendeur d'immeuble les frais et loyaux coûts du contrat avancés par le vendeur alors qu'ils sont normalement à la charge de l'acquéreur, en violation flagrante de la lettre du texte qui ne confère en principe le privilège que pour « le paiement du prix » (art. 2374, 1^o C. civ.). Sur le constat de ce que cette décision contrevient au principe de l'interprétation stricte des privilèges, v. Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n. 3, p. 195. Cette solution paraît dangereuse dans la mesure où elle légitime l'extension de privilèges par sa conformité « à la lettre et à l'esprit du texte » à des situations pour lesquelles ils n'étaient pas initialement prévus. M. Zerbo s'est saisi de cette idée pour proposer un principe d'interprétation extensive de tous les privilèges qu'il considère fondés sur l'équité (v. Z. Zerbo, *Le dualisme dans l'interprétation des privilèges*, th. Avignon, 1999, n° 243 et s., p. 229 et s.) Mais ne serait-il pas plus correct, dans un domaine où les énumérations sont nécessairement exhaustives car contraires à l'égalité des créanciers, de considérer que seule la lettre des textes fait foi ? V. également Req., 8 juillet 1901, *DP*. 1901. I. 500, étendant le privilège du bailleur à ferme aux animaux servant à l'exploitation de la ferme situés dans des bâtiments hors des lieux loués, alors que le texte le réserve à ceux qui sont attachés à demeure ou encore, plus près de nous, Civ. 1^{er}, 11 avril 1995, *Bull. civ. I*, n° 166, p. 119 (n° 93-11931), étendant aux distributeurs le privilège de l'article L. 131-8 CPI, lorsqu'ils agissent « en qualité de commissionnaires des producteurs, pour le recouvrement des créances de ces derniers, qui bénéficient du privilège légal » (l'extension du privilège aux producteurs constitue déjà un cas d'extension du privilège, littéralement réservé aux auteurs, compositeurs et artistes...).

doit assortir du privilège toutes les créances susceptibles d'entrer dans le champ du texte et non adresser une leçon de légistique au législateur en s'en tenant à ce qu'il pense être son intention initiale. Par exemple, l'article L. 131-8 du Code de la propriété intellectuelle est rédigé d'une façon si générale que l'on parvient mal à justifier, en se fondant sur la seule lettre du texte, l'exclusion des créances de dommages-intérêts dues en raison d'une contrefaçon¹. La mission du législateur en notre domaine devrait consister en la rédaction de textes clairs et précis dont la portée ne peut être aisément étendue mais, s'il est défaillant, on ne peut que dresser un constat de carence et laisser le juge conférer au texte sa pleine portée. Reste que la question qui nous occupe au premier chef consiste à se demander si le simple fait que l'octroi d'un privilège constitue une faveur exceptionnelle ne devrait pas suffire à justifier l'interprétation stricte des textes.

917. Force est de constater que la lettre de l'article 2324 du Code civil ne permet pas de s'opposer à l'interprétation extensive d'un texte instituant une sûreté légale. En effet, selon les termes de cette disposition, le privilège est un droit conféré en raison de la « *qualité de la créance* ». Or, la notion de qualité de la créance pourrait justifier l'octroi d'un privilège par le juge. On objectera que, si l'égalité des créanciers constitue la règle, l'octroi d'un privilège par un texte est une exception. Néanmoins, comme l'a expliqué Cornu, « *l'exception est une règle. Comme pour toute règle, il faut entrer dans la raison de la loi sans se laisser enfermer dans une vue formelle (dans le fait que cette loi est énoncée sous forme d'exception). Aussi bien, découvre-t-on, alors, que, dans la hiérarchie des intérêts, la règle exceptionnelle a une valeur primordiale. La raison qui justifie la dérogation aux règles ordinaires apparaît, parfois, comme la défense d'un principe fondamental [...] Il faut donc aller à sa raison et celle-ci peut faire*

¹ V. Civ. 1^o, 24 mars 1993, *Bull. civ.* I, n^o 125, p. 83 (n^o 91-16193) : « *la cour d'appel a exactement retenu que le texte précité limite l'extension des privilèges des articles 2101, 4^o et 2104 du Code civil aux seules redevances et rémunérations dues aux auteurs, à l'exclusion des dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice qui leur a été causé par des actes de contrefaçon* ». Pourtant, rien dans le texte du Code de la propriété intellectuelle ne permet de fonder une telle limite : il est fait mention de « *l'utilisation* » des œuvres, sans référence à son caractère licite ; le privilège assure le paiement des « *redevances* » dues à l'auteur, compositeur ou artiste, cette notion étant particulièrement large, plus que celle de « *rémunération* » qui fait référence à l'accomplissement d'un travail. Il faut enfin observer que le texte relatif au privilège des salariés contient une énumération limitative des créances privilégiées, ce qui n'est pas le cas de l'art. L. 131-8 CPI. Il semblerait donc que le juge donne simplement sa pleine portée au texte s'il décide de privilégier également la créance de dommages-intérêts en raison de la contrefaçon de l'œuvre, qui constitue une redevance due à l'auteur, compositeur ou artiste pour l'utilisation illicite de son œuvre. En ce sens, L. Aynès et P.-Y. Gautier, « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994. 13, O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, préf. E. Putman, PUAM, 2000, n^o 17, p. 47 et s., ainsi que F. Pollaud-Dulian, « Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives », in *Propriétés intellectuelles – Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 371-373. Pour la même idée, v. P. Gervésie, « Avocat et privilège », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 49.

reconnaître « l'exception » comme la sauvegarde d'un principe supérieur. Une exception de cette nature mérite d'être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être [...] La plénitude de son application doit être garantie, fût-ce au prix d'un raisonnement analogique »¹. Lorsque le privilège est fondé sur l'intérêt général ou des considérations d'humanité, un juge ne pourrait-il pas se sentir légitime à en étendre le champ d'application si le législateur n'a pas envisagé les circonstances précises de la cause qui se présente devant lui ? La seule technique juridique est donc impuissante à justifier que les privilèges soient de droit étroit, car les textes qui les instituent sont presque tous fondés sur des valeurs extrêmement importantes pour notre ordre juridique. En réalité, l'interprétation stricte est nécessaire en raison des caractéristiques propres de la notion de « qualité de la créance », et notamment de son flou. Si un blanc-seing était conféré aux juges pour leur permettre d'interpréter les textes à leur guise, l'inflation des privilèges connaîtrait une nouvelle cause et le principe d'égalité ne serait plus qu'un lointain souvenir²...

918. La notion de « qualité de la créance ». Il ne faut pas s'étonner que le droit des privilèges soit considéré comme étant extrêmement complexe à organiser de manière raisonnée. La notion centrale, qui justifie tant leur existence que leur classement³, ne peut être définie que de manière abstraite. Qu'est-ce que cette « qualité » qui justifie que le créancier ne soit pas soumis au principe d'égalité ? De manière générale, les dictionnaires, qu'ils soient juridiques ou non, convergent pour lier la définition du terme « qualité » avec la mise en place d'une échelle de valeur⁴. Lorsque la qualité d'une chose est mise en avant, c'est aux fins d'établir une hiérarchie avec d'autres choses. La « bonne qualité » d'une marchandise sert ainsi à justifier un prix supérieur à celui d'une marchandise de qualité médiocre. L'idée se retrouve en droit des sûretés : la qualité permet d'expliquer que certaines créances méritent un traitement plus favorable que les autres. Cela signifie qu'une discrimination est instaurée entre les créanciers

¹ G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Domat, 13^e éd., 2007, n° 416-417, p. 217. V. également, développant davantage cette idée, M. Lebeau, th. précitée, n° 366 et s., p. 167 et s.

² Comp. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n° 303, p. 642 : « un privilège ne saurait être étendu à une situation voisine non expressément visée sous prétexte qu'elle a le même fondement que la situation privilégiée ».

³ V. l'art. 2325 C. civ., qui est la traduction de la formule latine *Privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa*.

⁴ V., entre autres, la définition donnée par G. Cornu (dir.) *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 13^e éd., 2020, pp. 830-831 : « critère de valeur qui permet de classer une chose par ordre de mérite, à un niveau supérieur, inférieur ou moyen, relativement aux choses de même genre » ; v. également le dictionnaire Larousse accessible en ligne, qui la caractérise comme « ce qui rend quelque chose supérieur à la moyenne », « chacun des aspects positifs de quelque chose qui font qu'il correspond au mieux à ce qu'on en attend », ou encore comme un « trait de caractère, manière de faire, d'être que l'on juge positivement ».

méritant un traitement de faveur et ceux qui doivent subir l'égalité des créanciers, sauf à obtenir une garantie conventionnelle. Cela signifie également que la notion de « qualité de la créance » n'est utile que si elle permet effectivement de mettre en place cette discrimination. Son utilité ne peut être démontrée que s'il est possible de lister les éléments permettant au législateur de faire son choix.

919. De manière classique, les anciens auteurs distinguaient la qualité de la créance, fondement du privilège, de la qualité du créancier, fondement de l'attribution d'une hypothèque légale¹. Le privilège serait ainsi complètement déconnecté des considérations liées à la personne du créancier. La distinction ne convainc pas : comment justifier une différence si importante alors que les privilèges immobiliers spéciaux et les hypothèques légales sont quasiment identiques, à telle enseigne que l'avant-projet de réforme propose de transformer ces privilèges en hypothèques ? Surtout, il a déjà été démontré que la distinction est largement artificielle². Il suffit de prendre en exemple le superprivilège du salarié : son octroi est certes fondé sur l'idée que la créance est alimentaire, et donc indispensable à la subsistance du salarié, mais également sur le fait que le salarié se trouve dans une relation de subordination avec son employeur, l'asymétrie entre les deux parties justifiant que le premier ne puisse réclamer au second de garantie pour le paiement de sa créance. C'est dire qu'en réalité, il est tenu compte de la qualité du rapport juridique entre le créancier et son débiteur : il faut donc à la fois s'intéresser à l'importance du paiement pour le créancier et aux rapports l'unissant au débiteur.

920. Plus largement, il faut en réalité prendre en considération toute raison que le législateur pourrait avoir pour favoriser le paiement d'un créancier : parfois, le législateur privilégie une créance en raison de motifs d'humanité ; parfois, il favorise l'exécution d'une prestation dans le but de satisfaire son idée de l'intérêt général³. En définitive, il ne semble pas possible de retenir une définition précise de la qualité de la créance fondant l'attribution d'un

¹ La distinction était aussi avancée par les rédacteurs du Code civil, qui voulaient éviter la confusion entre les privilèges politiques d'Ancien Régime, attachés à la personne et abolis le 4 août 1789, des privilèges de droit civil objectivement attachés à une créance, v. la présentation de Treilhard du titre XVIII intitulé « Des privilèges et hypothèques » au Corps législatif, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 474 : « ne nous abusons pas sur l'acception du mot privilège employé dans ce titre. Cette expression emporte ordinairement avec elle l'idée d'une faveur personnelle : ici elle signifie un droit acquis, fondé sur une justice rigoureuse ».

² V. not. M. Rouland, th. précitée, n° 23 et s., p. 40 et s.

³ Sur cette distinction, surtout présente parmi les privilèges généraux, v. not. Ph. Théry, *op. cit.*, pp. 344-347.

privilège. On ne peut que se contenter d'affirmer qu'il s'agit « [d'] *un mérite, [d'] une vertu du droit de créance : un mérite préexistant, en ce sens que la qualité est préalable au privilège, et non l'inverse, qu'elle n'en est pas la conséquence, mais qu'elle le fonde ; une vertu du point de vue du législateur, une représentation positive du droit de créance dans son esprit* »¹. Le flou de la notion rend alors hasardeuse toute tentative de classification des privilèges².

921. Typologie des privilèges. Réaliser une synthèse du droit positif des privilèges constituerait un exploit, tant les différentes garanties légales semblent ne présenter aucun point commun. En effet, comment rassembler des sûretés si diverses que le superprivilège des salariés, privilège général sur l'ensemble du patrimoine du débiteur ne naissant qu'à l'occasion de l'ouverture d'une procédure collective et situé dans le Code du travail³, le privilège mobilier général du Trésor Public pour les contributions directes et taxes assimilées, dans le Code Général des Impôts⁴ ou le privilège mobilier spécial du conservateur du Code civil⁵ ? Si ces trois sûretés partagent l'appellation de « privilège », aucun n'a la même assiette ni le même fondement : si l'intérêt général motive l'attribution d'un privilège au Trésor Public, c'est l'intérêt privé qui justifie la faveur faite tant au salarié qu'au conservateur. Mais là où le salarié cherche à recouvrer une créance alimentaire, le conservateur n'est privilégié que parce qu'il a exposé des frais utiles aux autres créanciers, et seulement dans la mesure de cette utilité⁶.

922. Une tentative intéressante de classification intégrant tous les types de privilèges a été réalisée par M. Rouland dans sa thèse de doctorat. Selon cet auteur, « *si les critères retenus, en droit positif, pour évaluer la qualité des créances forment un dédale, la séparation des justices distributive et commutative peut faire office de fil d'Ariane* »⁷. Parmi les critères

¹ M. Rouland, th. précitée, n° 3, p. 16.

² En ce sens, déjà, R. Poplawski, th. précitée, p. 251, qui estime que malgré l'apparence de clarté des textes, « *lorsqu'on essaie de les appliquer à chacun des droits que la loi appelle expressément privilèges, c'est-à-dire auxquels elle attribue elle-même le nom dont elle a préalablement pris le soin de déterminer le sens tout spécial, on ne tarde pas à s'apercevoir que sa définition ne peut pas s'adapter indistinctement à tous les privilèges, qu'il y en a qui dépassent, qui débordent plus ou moins les cadres qu'elle paraît pourtant délimiter avec précision* ».

³ Art. L. 3253-2 C. trav.

⁴ Art. 1920 CGI.

⁵ Art. 2332, 3° C. civ.

⁶ Sur ce caractère de relativité du privilège du conservateur, énoncé à l'art. 2332-3, 1° C. civ., qui est également inhérent au privilège des frais de justice, v. Com., 5 décembre 1995, *Bull. civ.* IV, n° 285, p. 263 (n° 92-16323).

⁷ M. Rouland, th. précitée, n° 99, p. 108. Sa classification est exposée aux p. 83 et s. Une idée similaire avait déjà été exprimée au travers de la distinction des privilèges au service de l'intérêt général et des privilèges au service de l'équité, les premiers étant créés pour « *assurer le bon fonctionnement de la cité, corriger les injustices, atténuer les inégalités de forces et de moyens qui*

relevant de la justice distributive, il retient le caractère plus ou moins opportun de la prestation initiale du créancier aux yeux du législateur ainsi que le caractère plus ou moins nécessaire du paiement de la créance. C'est ainsi qu'un privilège est octroyé lorsque le législateur veut inciter un créancier à agir – c'est le cas du privilège des créanciers postérieurs méritants en procédure collective – ou lorsqu'il estime que le créancier ne peut pas se passer du paiement de la créance. En matière de justice commutative, c'est l'impact de la prestation du créancier sur le volume ou la réalisation du gage commun qui est primordial, le législateur conférant un privilège à certains créanciers introduisant ou conservant une valeur dans le patrimoine de leur débiteur ou avançant des frais permettant la réalisation de ses biens.

923. Cette typologie permet une description assez juste de l'état du droit positif, mais n'aide pas à établir une théorie du privilège. Comment, en effet, limiter l'imagination créative du législateur en se fondant sur pareils critères ? Il suffit de prendre deux exemples. Peut-on se satisfaire du critère affirmant que l'on ne privilégie que les créances dont le paiement est le plus nécessaire ? Est-ce à dire qu'il existe des créances dont le paiement est superflu, ce qui se manifesterait par l'absence de privilège ? Le législateur paraît alors bien mal armé face aux revendications des groupes de pression¹... Il faudrait également comprendre que le paiement d'un certain nombre de créances fiscales et sociales – non privilégiées – est considéré comme secondaire par le législateur, alors pourtant que l'intérêt général commande leur recouvrement intégral. De même, si l'on estime que l'introduction ou la conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur justifie l'octroi d'un privilège, alors, la logique voudrait que l'on ne distingue pas selon la valeur introduite. Or, en droit positif, on constate que le conservateur est privilégié en matière mobilière, mais non en matière immobilière. Plus généralement, il est clair qu'il n'existe pas de principe général d'attribution d'un privilège à tout créancier ayant introduit une valeur dans le patrimoine du débiteur. L'Histoire l'a déjà prouvé : comme il l'a été opposé

minent la société » et les seconds afin de « *maintenir l'équilibre des prestations fournies entre le débiteur et le créancier. Le privilège se présente alors comme un moyen de lutte contre l'inégalité de forces dans les contrats et participe ainsi à l'établissement de la justice contractuelle* » (Z. Zerbo, th. précitée, n° 69, pp. 64-65).

¹ Comp. H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, n° 14, p. 19 : « *quand les affaires du débiteur périssent, quel est le créancier qui résisterait à la tentation de plaider qu'il faut le sauver, lui, avant tous les autres ?* »

à Labbé au sujet des privilèges sur créances¹, le principe d'interprétation stricte des privilèges ne permet pas de retenir une telle solution².

924. Vers la suppression du critère de « qualité de la créance ». En l'état actuel du droit positif, il est donc impossible de synthétiser de façon claire et raisonnée le droit des privilèges. La notion de qualité de la créance étant particulièrement compréhensive, fondée uniquement sur l'appréciation du législateur, sans aucun garde-fou, le nombre de privilèges va sans cesse croissant, ce qui reflète bien la situation décrite par MM. Roland et Boyer, selon lesquels « *les Français sont très attachés aux textes qui leur font une situation privilégiée, hors le droit commun où se fondent les autres ; le législateur, d'ailleurs, les leur accorde sans avarice, se montre très compréhensif et multiplie à l'envi, victime de toutes les pressions, les régimes dérogatoires, les situations catégorielles, les franchises, les exemptions, les immunités, les dispositions exorbitantes de toute nature* »³.

925. La notion de « qualité de la créance » ainsi que le principe d'interprétation stricte des privilèges, qui devaient conduire à l'édiction d'un nombre relativement faible de sûretés légales, n'atteignent donc pas leur but. En effet, s'agissant d'un jugement de valeur porté par le législateur sur la situation du créancier, il faut nécessairement réserver cette faveur à un petit nombre d'élus. Dans le cas contraire la notion perd de sa cohérence : le privilège ne serait pas accordé en raison de la situation particulièrement fragile du créancier, mais parce qu'un lobby aura fait davantage pression sur le législateur, ce qui révèle par là même la nature éminemment politique des privilèges⁴. De plus, l'inflation du nombre de privilèges nuit à leur efficacité, en réduisant à la portion congrue le domaine de l'égalité des créanciers et en multipliant les hypothèses de concours entre créanciers privilégiés. La situation contemporaine est très sombre : le législateur est prodigue de ses privilèges, attribués largement et considérés comme

¹ J. E. Labbé, « Des privilèges spéciaux sur les créances », *RCLJ* 1876, p. 571 et s. et p. 665 et s., spé. p. 671, 675 et 679.

² V., entre autres, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, *Les sûretés réelles*, LGDJ, 2^e éd. par E. Becqué, 1953, n° 201, p. 227, ainsi que N. Sempé, th. précitée, n° 11 et s., p. 36 et s.

³ H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 303, p. 641.

⁴ En ce sens, N. Sempé, th. précitée, n° 7, p. 27 ; Z. Zerbo, th. précitée, n° 1, p. 6 : « *le législateur crée en fonction des circonstances de nouveaux privilèges ou renove sans cesse les anciens. En dépit de son intensité et de sa fréquence, l'activité législative demeure caractérisée par l'absence d'une ligne directrice claire. Les privilèges sont octroyés au coup par coup, en fonction de l'insistance et de la pression des requérants. De sorte qu'aujourd'hui on se trouve devant un magma de privilèges pour lesquels la doctrine semble avoir renoncé à établir des règles communes* ». L'idée est amplement développée chez J. M. Garrido, « The Distributional Question in Insolvency: Comparative Aspects », *International Insolvency Review* 1995, vol. 4, p. 34.

la solution idoine aux revendications catégorielles. Qu'on en juge à propos du privilège des producteurs agricoles en cas de procédure collective de leur acheteur, récemment intégré au sein de notre ordre juridique : les rapporteurs de l'amendement ont mis en avant l'existence de faits divers dans lesquels des producteurs n'avaient pas été payés, la présence de la crise économique ainsi que la situation préférable des bailleurs et vendeurs de semences¹ afin d'obtenir la création de cette nouvelle faveur légale. Ainsi, notre système juridique en est arrivé à un tel point de saturation que le simple fait de ne pas être titulaire d'un privilège est vécu comme une injustice par les créanciers² ! A ce rythme-là, peut-on espérer voir un jour la fin de la folle course aux privilèges ?

926. Dans son avant-projet de réforme, l'Association Henri Capitant a fait disparaître la notion de qualité de la créance du régime des privilèges. Elle demeure toutefois, comme caractéristique de toutes les sûretés légales³. Il faut donc comprendre que tant les actions directes que les privilèges et les hypothèques légales sont octroyés à certains créanciers, par le législateur, après un examen précis de leur situation qui conduit à conclure qu'ils sont plus méritants que d'autres. Il nous semble que l'on pourrait faire un pas de plus et supprimer définitivement la « qualité de la créance » de notre droit des sûretés. On pourrait tout à fait se satisfaire d'un article liminaire indiquant que « *la sûreté réelle est légale, judiciaire ou conventionnelle, selon qu'elle est accordée par la loi, par un jugement, à titre conservatoire, ou par une convention* ». La « qualité de la créance » ne jouant pas son rôle de garde-fou en limitant l'octroi des faveurs légales à une minorité de créanciers⁴, il serait tout à fait possible

¹ V. l'intervention du député rapporteur J.-M. Clément au sujet de l'article 50 de la loi du 18 novembre 2016, accessible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160192.asp>

² V., en un sens similaire, à propos des privilèges généraux, E. Acollas, *Manuel de droit civil*, T. III, Germer-Baillièrre, 2^e éd., 1874, pp. 643-644 : « *ces privilèges sont accordés à la profession, à la nature spéciale, dit-on, du service rendu : on allègue même pour un d'entr'eux (salaires des gens de service) la modicité de la créance et la position précaire du créancier. Raisons étranges si on les prend isolément, plus étranges encore si on les associe ! – Mais alors ce sont toutes les professions qu'il faut passer en revue et classer d'après leurs mérites respectifs, c'est la quotité des différentes créances qu'il faut examiner, c'est de la position des différents créanciers qu'il va falloir s'enquérir ! Or, qui ne verrait que cette voie mène directement à l'autocratie du législateur et à l'absurde !* » ; Comp., de manière plus large, Ph. Rémy, préface à D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, avant-propos J. Stofflet, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, p. VI : « *tout créancier mérite d'être préféré, c'est l'absurde philosophie de notre droit positif* ».

³ Comp. M. Rouland, th. précitée, n° 132 et s., p. 143 et s., qui en faisait le fondement de toutes les « *garanties légales du droit de créance* ».

⁴ En ce sens, N. Balat, *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 571, 2016, n° 734, pp. 445-446, qui classe l'octroi de privilèges sur le fondement de la qualité de la créance parmi les règles non justifiables par la technique : « *à l'examen, cette expression ne ferait que masquer la possibilité pour le législateur de décider plus ou moins librement des créances qu'il souhaite privilégier : c'est le législateur, et lui seul, qui détermine la « qualité de la créance » et qui arbitre ; il n'y aurait là aucune raison technique. Par conséquent, ce n'est pas parce que la créance a, en amont, certaines qualités,*

de la supprimer et de la remplacer par des critères clairs limitant l'octroi de privilèges aux situations dans lesquelles ils sont réellement indispensables¹. Il faut remplacer l'illusion du cantonnement du nombre de sûretés légales par l'imposition d'une véritable obligation de sobriété à la charge du législateur. Un droit des privilèges idéal serait constitué d'un petit nombre de textes concis, rendant impossible leur interprétation extensive : la lettre et l'esprit coïncideraient parfaitement². L'état actuel des choses est en effet extrêmement insatisfaisant, tant le flou de la notion se répercute sur son régime.

§2) *La complexité du régime des privilèges*

927. Plan. C'est d'abord le cas des privilèges immobiliers spéciaux qui a divisé la doctrine. A quel point ces sûretés sont-elles proches des hypothèques, légales ou conventionnelles ? La rétroactivité de l'inscription définitive est-elle bien justifiée ? Le droit de suite qui leur est reconnu doit-il être érigé comme un principe en matière de privilèges, ou bien n'a-t-il qu'une valeur d'exception ? Ces discussions irritantes devraient trouver leur terme si l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant devait être adopté sans modification (A). Par ailleurs, on a pu affirmer des privilèges que « *leur pullulement a ruiné leur systématisation* »³. La situation est effectivement très préoccupante lorsque l'on s'intéresse à leur classement. Les règles énoncées par le Code civil, qui ne comportait pas de classement de l'intégralité des privilèges créés en 1804, sont devenues de plus en plus obsolètes avec la

qu'elle est privilégiée, mais parce qu'elle est privilégiée par un choix du législateur qu'elle a, en aval, une qualité spécifique – celle d'être... privilégiée ». Comp. toutefois M. Rouland, th. précitée, n° 5, p. 19, estimant que « *l'article 2324 du Code civil invite à rechercher, puis à mettre en exergue des constantes plutôt qu'une série de particularités. Participant à une définition générique du privilège, la qualité de la créance tend à exprimer, si ce n'est un ensemble parfaitement homogène, à tout le moins des points de repères, des lignes directrices dans les justifications des privilèges* ».

¹ V. *infra*, n° 954 et s.

² La situation idéale est en effet celle-ci, lorsque l'intention du législateur est intégralement contenue dans la lettre du texte instituant le privilège. La Cour de cassation l'a expliqué de fort belle manière dans un arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 9 novembre 1857 (DP. 1858. I. 30) : « *Attendu, sur le moyen unique du pourvoi tiré de la prétendue violation du § 4, n° 1, de l'art. 2102 c. nap., que les dispositions de ce paragraphe portant que les sommes dues pour les semences ou pour les frais de récolte de l'année sont payées sur le prix de la récolte par préférence au propriétaire, sont claires et précises [...] que ce serait forcer le sens de ces termes que de leur donner une signification telle qu'ils comprissent toutes les sommes qui auraient été dépensées, afin d'obtenir une meilleure récolte, par conséquent celles pour engrais répandus sur le sol avant les semences, que si le législateur avait voulu accorder un droit de préférence pour les sommes dues pour engrais, il eût été nécessaire qu'il exprimât formellement son intention, comme il l'a fait pour les semences et les frais de récolte ; qu'un droit de privilège et de préférence ne s'induit pas d'un cas à l'autre ; qu'en l'absence d'une disposition expresse, les droits de privilège et de préférence doivent être restreints aux cas prévus* » (c'est nous qui soulignons).

³ D. Houtciff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », art. précité, n° 7.

multiplication des sûretés légales, si bien que même les tentatives doctrinales semblent ne plus suffire. Si la réforme du 23 mars 2006 a certainement contribué à clarifier les choses, les manuels de droit des sûretés pourraient adopter, en ouverture de leur présentation du classement des privilèges, l'avertissement qui ornait l'entrée de *L'Enfer* de Dante : « *Toi qui entres ici, abandonne toute espérance* » (B).

A) *Le cas particulier des privilèges immobiliers spéciaux*

928. Qualité de la créance et qualité du créancier. A Rome, il fallait distinguer entre les privilèges *ex causa* et les privilèges *ex persona*. Les premiers étaient conférés à un créancier en raison de la cause de sa créance, les seconds en raison de la qualité du créancier. La distinction emportait une différence de régime assez importante : seuls les privilèges *ex causa* pouvaient être transférés avec la créance. Les privilèges *personae*, attachés étroitement à la personne du créancier, ne pouvaient logiquement suivre la créance, et devaient s'éteindre en même temps que la qualité de créancier qui les fondait. Une évolution s'est toutefois produite dans le droit du Bas-Empire romain lorsque des hypothèques privilégiées, primant les hypothèques conventionnelles, ont vu le jour¹. Il était acquis que les privilèges s'attachant à ces hypothèques étaient octroyés par le législateur en raison de la position de faiblesse dans laquelle se trouvait le créancier, c'est-à-dire en raison de sa qualité. Parmi tous les créanciers, le législateur décidait que certains d'entre eux méritaient une protection renforcée. Cette distinction a été transposée en droit français sous une forme atténuée. Parmi les sûretés légales sur les immeubles, les anciens auteurs s'accordaient pour séparer clairement les privilèges immobiliers spéciaux, conférés en raison de la qualité de la créance, des hypothèques légales, qui résultent de la qualité du créancier.

929. La distinction a été remise en cause par l'entrée en vigueur du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, qui a converti de nombreux privilèges

¹ Il fallait alors distinguer entre quatre ordres de créanciers : les créanciers chirographaires simples, chirographaires privilégiés, hypothécaires simples et, enfin, hypothécaires privilégiés. V., entre autres, A. Badaoui, th. précitée, p. 15 ; G. Briault, th. précitée, p. 21.

immobiliers en hypothèques légales afin de remédier à leur caractère occulte. Si des privilèges soi-disant fondés sur la qualité de la créance pouvaient se transformer, sans aucune altération de leur nature, en hypothèques légales fondées sur la qualité du créancier, c'est que la distinction n'avait plus de raison d'être. Elle n'emportait en outre aucune conséquence pratique. Le stade final de l'évolution pourrait bientôt être atteint si les propositions avancées par l'Association Henri Capitant venaient à voir le jour. Il est en effet proposé de convertir la quasi-intégralité des privilèges immobiliers spéciaux, véritables « hypothèques privilégiées », conférant un rang supérieur aux hypothèques conventionnelles¹, en hypothèques légales, afin de simplifier le droit des privilèges.

930. Transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales. La simplification réalisée par la conversion des privilèges en hypothèques résulterait avant tout de la disparition de la règle de la rétroactivité de l'inscription des privilèges immobiliers spéciaux. En effet, aux termes des articles 2377 et suivants du Code civil, si l'inscription des privilèges immobiliers spéciaux est nécessaire à leur opposabilité aux tiers, le privilège inscrit dans les délais légaux prend rang à la date de l'acte qui a donné naissance à la créance². La règle actuelle se comprend très bien : le privilège naît concomitamment à la naissance de la créance. La sûreté légale et la créance qu'elle garantit sont indissociables. Si une formalité doit être effectuée pour rendre le privilège opposable aux tiers, l'obligation de publicité n'a absolument pas pour effet de décaler la date de naissance de la créance et du privilège. Elle est confortative, et non constitutive de droits³. L'intérêt de cette disposition est considérable en théorie, car elle permet au créancier privilégié régulièrement inscrit de primer le créancier hypothécaire « intercalaire », inscrit sur le même immeuble entre la date de naissance de sa créance et la date d'accomplissement de la formalité de publicité du privilège.

¹ C'est déjà ce qu'affirmaient les anciens auteurs, v. not. G. Briault, th. précitée, n° 99, pp. 198-199, idée qui n'a pas été démentie depuis, v., par ex. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. III, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd. par Ph. Jestaz, 1987, n° 122, p. 89.

² Par exemple, aux termes de l'art. 2379 C. civ., le privilège du vendeur d'immeuble ou du prêteur de deniers pour l'acquisition d'un immeuble prend rang, s'il est régulièrement publié, à la date de l'acte de vente, c'est-à-dire au jour de la naissance de la créance de prix.

³ Sur cette distinction, v. *supra*, n° 545.

931. Cette règle, qui est inutile en pratique dans les cas les plus courants¹, est remise en cause en raison de l'insécurité – plus supposée que réelle – qu'elle génère. La première commission Grimaldi, tout comme l'avant-projet actuel, ont alors proposé de la faire disparaître, tout en maintenant la sécurité du créancier privilégié sur un immeuble. Pour ce faire, la combinaison de l'effet relatif de la publicité foncière empêchant un créancier hypothécaire d'inscrire sa sûreté avant la publication de l'acte de mutation, de la préférence donnée à l'hypothèque légale sur l'hypothèque conventionnelle si elles ont été inscrites le même jour ainsi que de l'interdiction de l'attribution de rang d'une sûreté à une date antérieure à celle de la publication du titre de propriété du débiteur devrait être suffisante pour garantir les droits du créancier privilégié. En effet, si l'on prend l'exemple du titulaire d'un privilège du prêteur de deniers, très utilisé en pratique², la rétroactivité ne paraît pas s'imposer. La publicité de son privilège aura systématiquement lieu le jour même de la publicité de l'acte de vente. Le titulaire d'une hypothèque conventionnelle ne peut alors jamais prendre un meilleur rang que lui, sa célérité pouvant, au mieux, le conduire à inscrire sa sûreté le même jour que lui, et jamais avant. La règle de la rétroactivité de l'inscription, qui se comprend parfaitement d'un point de vue théorique, pourrait donc être abandonnée sans heurts³. La source légale de la sûreté suffit à justifier le meilleur rang accordé au titulaire d'un privilège immobilier spécial. L'unité réalisée

¹ En effet, les notaires ayant pris l'habitude de publier concomitamment l'acte de vente et le privilège immobilier spécial, la « période intercalaire » n'existe pas en cas de vente immobilière, v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1246, pp. 881-882, B. Derouvroy, « Les instruments juridiques du crédit hypothécaire », in *Le crédit hypothécaire au service de l'économie*, 69^e congrès des notaires de France, Le Touquet, 1972, t. 2, p. 111, ainsi que J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 1326, p. 672.

² L'on a ainsi pu affirmer que « la sûreté hypothécaire modèle n'est autre, contrairement à une idée encore assez largement reçue chez les non-spécialistes, que le privilège du prêteur de deniers et non l'hypothèque conventionnelle. C'est la première - et non la seconde - qui concourt véritablement au titre de reine des sûretés immobilières de premier financement », et ce notamment en raison de la dispense de paiement de la taxe de publicité foncière de 0,70% des sommes exprimées ou évaluées dans les bordereaux d'inscription, l'art. 663, 1^o CGI ne mentionnant que « les inscriptions d'hypothèques judiciaires ou conventionnelles », v. Ph. Dupichot, « Les sûretés du financement d'acquisition immobilière », *JCP N* 2015. 1095, n° 7.

³ On peut d'ailleurs se demander si la proposition de permettre l'hypothèque de l'immeuble sur lequel le constituant ne bénéficie que d'une promesse unilatérale de vente, contenue dans l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant (art. 2426, 4^o), n'est pas conçue comme une forme de compensation de la disparition de la rétroactivité des sûretés immobilières légales. L'établissement de crédit, voyant qu'il ne pourrait plus rendre son droit opposable à tous dès le jour de la vente de l'immeuble, se reporterait alors sur l'hypothèque conventionnelle d'un immeuble futur, avant même que la vente n'ait lieu. L'innovation est pourtant d'un intérêt discutable. Tout d'abord, le notaire ayant la main sur les opérations, il continuera à publier les hypothèques légales du vendeur et du prêteur le même jour que l'acte de vente. Ensuite et surtout, faute de transfert de propriété du bien au constituant, comment assurer l'opposabilité du droit du créancier ? Il faudrait recourir à la technique de la prénotation, mais aucun texte ne la prévoit encore...

au sein des sûretés immobilières, prenant systématiquement rang au jour de leur inscription, constituerait une amélioration appréciable¹.

932. Le caractère incomplet de la réforme proposée. Cependant, il est indéniable que cette réforme produirait des effets néfastes pour certains créanciers titulaires de privilèges immobiliers spéciaux. Le projet de réforme semble n'envisager que les cas dans lesquels le transfert de propriété de l'immeuble et la naissance du privilège sont concomitants. Or, il existe plusieurs privilèges immobiliers spéciaux qui ne naissent pas à l'occasion d'un transfert de propriété². On peut citer, par exemple, le privilège des architectes et entrepreneurs, celui de la séparation des patrimoines et celui de l'accédant. Leurs faits générateurs se trouvent respectivement dans l'exécution de travaux, le décès du débiteur d'origine et dans la signature du contrat de location-accession. Par conséquent, l'exécution régulière des formalités de publicité fait prendre rang à ces privilèges rétroactivement à l'inscription du procès-verbal réalisé avant le commencement des travaux³, à l'ouverture de la succession⁴ ou à la signature du contrat de location-accession⁵. La suppression de la rétroactivité est alors problématique, car ces titulaires de privilèges seraient primés par les créanciers hypothécaires prenant une inscription intercalaire entre la date de naissance de la créance et l'inscription de l'hypothèque légale. La réforme nous semble ainsi rester au milieu du gué : ou bien il faut supprimer purement et simplement les privilèges inutiles, auxquels il n'est jamais recouru en pratique ; ou bien il faut les maintenir en tenant compte du fait qu'ils trouvent leur source dans la loi, et devraient donc primer les sûretés conventionnelles. La voie moyenne choisie par l'avant-projet

¹ En ce sens, v. les observations formulées au-dessus de l'art. 2418 de l'avant-projet de réforme proposé par l'Association Henri Capitant, ainsi que C. Gijssbers, « L'influence de la réforme du droit des sûretés sur le droit de la construction », *RDI* 2018. 200, n° 26 : « Il n'en résulterait aucune perte de sécurité pour le créancier, pour peu bien sûr que celui-ci publie immédiatement sa sûreté. Cela veut dire concrètement que le vendeur à crédit et le prêteur de deniers devront publier leur hypothèque légale en même temps que la vente. Moyennant cette précaution, le créancier sera certain de ne pouvoir être primé par un créancier de l'acquéreur car nul ne peut inscrire un droit qu'il tient d'une personne qui n'a pas publié le sien (effet relatif) et car le concours entre une hypothèque légale et une hypothèque conventionnelle ou judiciaire tourne en faveur de la première lorsque ces sûretés sont publiées simultanément ».

² Sur cette critique, v., déjà, L. Andreu, « La transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 14 et s., p. 287 et s.

³ Art. 2382 C. civ.

⁴ Art. 2383 C. civ.

⁵ Art. 2384 C. civ.

de réforme n'est pas totalement convaincante, dans la mesure où ses auteurs ont considéré que les créances visées devaient être privilégiées... mais pas trop¹.

933. La nécessité d'une réforme du privilège du syndicat des copropriétaires. De plus, la réforme proposée ne va pas au bout de son dessein unificateur, puisqu'elle isole le privilège du syndicat des copropriétaires ainsi que celui de l'opérateur se chargeant de l'entretien des parties communes des immeubles en copropriété en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique². Aux termes de l'article 2419 du projet de réforme, ces privilèges seraient dispensés d'inscription, leur caractère occulte étant donc maintenu. Le but du législateur est clair : par un choix politique, il estime que ces privilèges servent des objectifs particulièrement impérieux d'intérêt général, eu égard à la difficulté pour ces créanciers de recouvrer les sommes qui leur sont dues, et veut donc leur accorder, sans le dire, un privilège de premier rang³. Il n'est effectivement pas illogique de privilégier ces créanciers, représentatifs de l'intérêt général, aux vendeurs et prêteurs de deniers qui ne défendent que leurs intérêts privés. La technique n'est pas non plus contestable : les dispenser d'inscription permet de leur conférer toujours le premier rang en faisant coïncider les dates de naissance de la créance et du privilège, ainsi que la date d'opposabilité de ce dernier, ce qui est parfaitement cohérent avec les principes de base de la notion de privilège, sûreté légale attachée de plein droit à la créance. On peut toutefois être plus réservé quant à l'étendue des créances garanties par ces deux privilèges. S'il est assez naturel de privilégier les créances échues pendant l'année courante, voire l'année précédant la vente du lot de copropriété, eu égard aux liens que cette sûreté entretient avec la notion de conservation, il paraît excessif de l'étendre aux quatre dernières années échues. Si le syndicat ou l'opérateur s'occupant de l'entretien des parties communes ne s'est pas hâté de mettre en œuvre des mesures d'exécution forcée, il faut en déduire que les fonds n'étaient pas réellement nécessaires au bien commun. Le raisonnement n'est pas différent en matière de créances alimentaires : si le créancier d'aliments s'abstient d'en demander le

¹ Concrètement, il nous semble que la meilleure solution serait de convertir les privilèges immobiliers spéciaux du vendeur et du prêteur de deniers en hypothèques légales classiques, de conserver au privilège de la séparation des patrimoines son particularisme, au nom de son utilité dans le règlement du passif successoral, et enfin d'abroger les privilèges des architectes et de l'accédant qui n'ont aucune utilité pratique, v. *infra*, n° 962 et s.

² V. l'art. L. 615-10 CCH.

³ En ce sens, M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1247, p. 882, ainsi que Ph. Théry, *op. cit.*, n° 130 bis, p. 197.

paiement pendant une longue durée, c'est que sa subsistance pouvait être assurée par d'autres moyens...

934. L'argument vaut *a fortiori* vis-à-vis de l'extension injustifiée du champ des créances garanties par le privilège réalisée par l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis. Son article 19 édicte, au sein de la loi du 10 juillet 1965, un article 19-1 étendant aux créances de toute nature le privilège immobilier spécial de l'article 2374 du Code civil. Comment justifier alors le premier rang du syndicat des copropriétaires pour le recouvrement de créances telles que les dettes de dommages et intérêts dues en raison de l'engagement de la responsabilité civile d'un des copropriétaires ? Le syndicat n'a plus rien d'un conservateur immobilier dans une telle hypothèse, ce qui implique que, si l'on veut encore le privilégier, il faudrait normalement lui octroyer un autre rang lorsque le privilège garantit des créances présentant une autre nature. La « qualité » de la créance n'est précisément plus la même¹. Il nous semble donc que le système proposé, qui était autrefois cohérent et parfaitement acceptable, n'est pas justifié. Il faudrait réduire les créances garanties par le privilège occulte de premier rang aux sommes dues pour l'année courante et l'année passée, si et seulement si elles ont été exposées dans le but de conserver le lot grevé. Cette réduction aurait en outre la vertu de simplifier le régime de ces privilèges en leur attribuant un rang unique, et non pas variable en fonction de la créance à recouvrer².

935. L'opportunité discutable d'une conversion générale des privilèges en hypothèques. Au-delà de l'harmonisation des conditions de publicité, est-il véritablement opportun de convertir les privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales ? A notre sens, la conversion totale n'est pas souhaitable. En effet, si les privilèges immobiliers spéciaux se voient attribuer la qualification d'hypothèque, c'est l'intégralité du régime de cette sûreté qui

¹ *Ibid.*, n° 130 bis, pp. 196-197 : « L'institution d'un tel privilège appelle plusieurs remarques. Dans son principe même, il ne manque pas de justifications, dans la mesure du moins où il garantit le paiement des travaux. Ces travaux donnent à l'immeuble une plus-value dont les autres créanciers vont profiter. On peut dire la même chose pour les travaux d'entretien qui, sans accroître la valeur de l'immeuble, vont au moins la conserver ».

² V. l'art. 2374, 1° bis et ter C. civ., conférant au syndicat des copropriétaires un rang supérieur à celui des privilèges du vendeur et du prêteur de deniers pour les créances afférentes aux charges et travaux dues au titre de l'année courante et des deux dernières années échues, alors que tous ces créanciers viennent en concours lorsque le syndicat réclame le paiement des dommages et intérêts alloués par les juridictions et leurs dépens, des cotisations au fonds de travaux mentionné à l'art. 14-2 de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, ainsi que le paiement des charges et travaux relatifs à l'année courante et aux quatre dernières années échues.

leur sera applicable, exactement comme le régime du gage fût entièrement appliqué aux privilèges mobiliers spéciaux que l'on dit fondés sur l'idée de gage tacite. Par conséquent, les créanciers anciennement titulaires d'un privilège immobilier et nouvellement qualifiés de créanciers hypothécaires devraient pouvoir réclamer l'attribution judiciaire de l'immeuble grevé, l'article 2458 du Code civil mentionnant de manière générale « *le créancier hypothécaire impayé* » qui ne voudrait pas mettre en œuvre la saisie immobilière prévue par le Code des procédures civiles d'exécution¹. Or, les raisons pour lesquelles la généralisation de cette faculté n'est pas souhaitable ont déjà été exposées à propos du droit des procédures collectives². Il ne paraît pas être de bonne politique juridique de permettre à un nombre toujours croissant de créanciers de s'extraire du concours, même si l'innovation est moins gênante en matière de sûretés immobilières, où les droits de suite foisonnent³. Une transformation limitée aux seuls privilèges des vendeurs et prêteurs de deniers semble donc amplement suffisante⁴. Elle contribuerait par ailleurs à simplifier le classement des privilèges, tâche rendue extrêmement complexe dans le domaine mobilier par l'effet du pullulement des sûretés légales.

¹ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1229, p. 870.

² V. *supra*, n° 755.

³ Quoi qu'en dise la réponse ministérielle à la question n° 9227 adressée par le député François De Rugy (*JOAN* 30 avril 2013, p. 4796), il ne nous semble pas possible de reconnaître cette faculté aux titulaires de privilèges immobiliers spéciaux en l'état actuel des textes. L'art. 2458 C. civ. ne mentionne en effet que le créancier hypothécaire, or le privilège – sûreté légale dont le rang rétroagit à la date de naissance de la créance garantie – n'est précisément pas une hypothèque – sûreté conventionnelle qui prend rang à sa date d'inscription –... Cette interprétation stricte du texte peut se réclamer d'une parenté avec l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de cassation le 28 juin 2017 (n° 16-10591), qui refuse au créancier hypothécaire de demander l'attribution judiciaire du bien en liquidation judiciaire, seul le gagiste étant cité par le texte. Si cette prérogative est si exceptionnelle qu'il faille en limiter l'octroi aux seuls créanciers expressément mentionnés dans le texte, la logique voudrait que la solution soit similaire dans les deux cas. V., favorable à cette interprétation, P. Crocq, *RTD Civ.* 2013. 656 ; M. Dols-Magneville, *La réalisation des sûretés réelles*, th. Toulouse I, 2013, n° 30, p. 42 et s. Pour l'approbation de la position défendue dans la réponse ministérielle, v. Ph. Delebecque, *JCP G* 2013. 1256, n° 12, ainsi que Ph. Dupichot, *Dr. et Patr.* fév. 2014 et « Les sûretés du financement d'acquisition immobilière », art. précité, n° 39 et s.

⁴ C'est d'autant plus le cas que, par la réforme du 23 mars 2006, le législateur a « institué un rapprochement confinant à la confusion entre les hypothèques dites légales et l'hypothèque conventionnelle » (Ph. Dupichot, th. précitée, n° 545, p. 430). La conversion des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales s'accompagne ainsi d'une diminution de la protection conférée par la sûreté, l'hypothèque légale ne prenant rang qu'à sa date d'inscription, ce qui implique que la primauté se limite alors à une supériorité sur l'hypothèque conventionnelle inscrite le même jour, v. l'art. 2425, al. 3 C. civ. Comp., pour l'opinion d'un auteur farouchement opposé à cette conversion, qu'il estime « inutile sur le principe et d'une excessive complexité dans ses conséquences », M. Mignot, « L'antichrèse et l'hypothèque », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 55.

B) Les affres du classement des privilèges

936. Un petit nombre de principes connus. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas cherché à établir un classement intégral des privilèges, mais se sont contentés de poser un petit nombre de principes réglant certaines situations. De ce fait, certains auteurs ont critiqué un législateur qui aurait failli à sa mission¹. On ne peut pas leur donner tort : quel est l'intérêt de créer des droits de préférence légaux dont on ne précise pas le classement complet ? Le caractère aristocratique de la matière² postule l'existence de rangs parfaitement définis afin de tenir en échec autant que possible le concours ou le classement fondé sur l'antériorité, le fait d'être titulaire d'une créance née avant les autres ne devant pas suffire pour que le législateur octroie un « titre de noblesse » au créancier.

937. Quoi qu'il en soit, certaines règles sont claires. La simplicité est d'abord l'apanage des privilèges généraux. Le Code civil indique clairement que ces garanties sont primées par les privilèges mobiliers spéciaux³, qu'elles priment les privilèges immobiliers spéciaux en l'absence d'actif mobilier suffisant⁴ et son article 2331 règle l'ordre des privilèges généraux entre eux, c'est-à-dire que le privilège des frais de justice prime toujours le privilège attaché

¹ A. Badaoui, th. précitée, p. 193. Comp. M. Dagot, « La notion de privilège », art. précité, p. 335 : « *le privilège, classiquement, mais aussi dans la définition que donne le Code civil, c'est un classement : une créance sera payée avant d'autres, un point c'est tout* ».

² V. J. Devaux, « Privilège fiscal et privilège privé », *DH*. 1934, chron., p. 64 : « *il est dans la nature même du privilège de modifier profondément l'ordre chronologique des préférences en fonction de raisons supérieures, souverainement appréciées par le législateur. On peut même dire que dans cette observation réside tout l'intérêt social et toute la raison d'être de la théorie des privilèges [...] La jurisprudence a ainsi rétabli dans leur véritable sens juridique les principes qui gouvernent une matière véritablement « aristocratique » – où la qualité d'une créance fait parfois, au cas de concurrence, sagement et justement échec à son antériorité* ». Il serait en effet insensé qu'un baron soit considéré comme occupant une position sociale plus élevée qu'un duc du simple fait que son titre lui ait été acquis antérieurement... C'est la raison pour laquelle l'obstination jurisprudentielle à refuser au créancier lésé par un paiement violant le classement des privilèges le droit de réclamer à l'*accipiens* la répétition des sommes perçues ne laisse pas d'étonner, v., en dernier lieu, Civ. 1^{er}, 24 octobre 2019, n° 18-22549, surtout lorsque cette position est rapprochée des décisions ouvrant la voie à une action en répétition de l'indu lorsque l'égalité entre créanciers chirographaires est bafouée (v. not. Com., 17 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 361, p. 257 [n° 90-19013], ou 11 février 2014, *Bull. civ.* IV, n° 27, p. 27 [n° 02-17520]), en contradiction avec la lettre de l'art. 1302 C. civ... Cette antinomie n'a pas manqué d'être relevée, v. H. Barbier, obs. sous Civ. 1^{er}, 24 octobre 2019, *RTD Civ.* 2020. 100 : « *Pourquoi exclure les créanciers privilégiés de la protection offerte par ce mécanisme alors que les créanciers chirographaires y ont droit ? L'ordre des privilèges est-il moins respectable que l'égalité des chirographaires ? On rappellera au passage que l'ordre des privilèges fait aussi respecter une égalité entre créanciers : le second versant du principe général d'égalité en vertu duquel les personnes placées dans une situation différente doivent être traitées différemment par le droit. Cette seconde forme d'égalité ne vaut pas moins que la première* » ; C. Favre-Rochex, « Retour sur la répétition de l'indu et l'ordre des droits de préférence », *D.* 2020. 200, n° 12 : « *Que l'erreur aboutisse à méconnaître l'égalité des créanciers chirographaires ou à ignorer l'ordre des privilèges, le résultat est parfaitement identique. Dans les deux cas, un créancier reçoit, en effet, davantage que ce qui lui était dû dans la distribution, au préjudice, tantôt des autres créanciers chirographaires, tantôt du créancier privé des sommes que son privilège l'aurait de recevoir. Aussi la qualité du créancier anormalement privilégié devrait-elle être indifférente pour retenir l'existence d'un paiement indu* ».

³ Art. 2332-1 C. civ.

⁴ Art. 2376 C. civ.

aux créances salariales. En matière de procédures collectives, les règles sont fixées par les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce. Le classement des privilèges généraux mobiliers du Trésor Public est également connu dans la mesure où il est fixé par le Code Général des Impôts lui-même¹. Enfin, il en va de même en matière de privilèges immobiliers spéciaux. Dans l'écrasante majorité des cas, le conflit entre deux privilèges de cette catégorie se tranche par l'application du principe *prior tempore, potior jure*, qu'il s'agisse d'un conflit opposant deux privilèges identiques², deux privilèges distincts, ou un privilège et une hypothèque, le créancier privilégié l'emportant alors toujours sur le créancier hypothécaire dont le droit est né du chef du même auteur³. Ce n'est qu'exceptionnellement que le conflit entre privilèges immobiliers se résout en application du critère de la « qualité de la créance »⁴.

938. Les difficultés du classement des privilèges mobiliers. Les règles de classement présentent une complexité accrue en matière de conflits entre titulaires de privilèges spéciaux mobiliers. En 1804, le législateur n'a pas cru bon d'édicter des principes de classement et s'est borné à les énumérer à l'article 2102 du Code civil. Si une telle manière de procéder ne pose aucune difficulté en matière de privilèges immobiliers, où les rangs sont fixés en fonction des dates d'inscription, il n'en va pas de même en matière mobilière du fait du caractère occulte des privilèges. La doctrine et le juge se sont donc attelés à la tâche de suppléer les carences du législateur⁵. Fort heureusement, la réforme du 23 mars 2006 a remis de l'ordre en ce domaine, par le biais de la fixation de l'ordre d'exercice des privilèges du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble⁶. La loi impose désormais de distinguer les privilèges

¹ Reste qu'il faut naviguer entre les différents textes pour aboutir au classement définitif... les contributions directes et taxes assimilées (art. 1920 CGI) viennent au premier rang, en concurrence avec la taxe sur le chiffre d'affaires et les taxes assimilées (art. 1926 CGI). Au deuxième rang se trouvent les taxes départementales et communales, dans cet ordre, assimilées aux contributions directes par l'art. 1924 CGI. Les droits d'enregistrement, les taxes de publicité foncière, les droits de timbre et autres droits et taxes assimilés se partagent ensuite le troisième rang selon l'art. 1929 CGI. Les contributions indirectes de l'art. 1927 CGI ferment la marche, juste devant le privilège de l'art. 379 du Code des douanes, qui indique que l'administration des douanes a « *privilège et préférence à tous créanciers sur les meubles et effets mobiliers des redevables, à l'exception des frais de justice et autres frais privilégiés* ». Sur ce classement, v. M. Betch, « Privilèges du Trésor Public – Privilèges généraux mobiliers », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2327, fasc. 10, déc. 2013, n° 135 ; B. Lagarde, *Entreprises en difficulté – Traité économique et fiscal*, Auteur-éditeur Bernard Lagarde, 2014, p. 253.

² Art. 2374, 1° C. civ., à propos du privilège du vendeur d'immeuble.

³ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1261, p. 891.

⁴ C'est ainsi que l'art. 2374, 1° bis C. civ. permet au syndicat des copropriétaires de primer les vendeurs d'immeubles et les prêteurs de deniers pour les créances afférentes aux charges de l'année courante et des deux dernières années échues. C'est dire que « *la technique de la publicité l'emporte sur les conceptions fondamentales des privilèges* » (M. Dagot, « La notion de privilège », art. précité, p. 341).

⁵ V. not. O. Salati, th. précitée, n° 25 et s., p. 61 et s.

⁶ Art. 2332-3 C. civ.

spéciaux mobiliers reposant sur l'idée de gage tacite, sur celle d'une introduction de valeur dans le patrimoine du débiteur ou sur celle de conservation de la chose. L'incertitude pesant sur les techniques de résolution des conflits, évidemment liée au caractère occulte des privilèges mobiliers, démontre qu'un changement de paradigme est souhaitable : alors que, lorsqu'un petit nombre de privilèges existait, aucune règle de classement claire n'a été établie, la situation n'a fait qu'empirer avec le gonflement du volume du passif privilégié. Malgré la réforme du 23 mars 2006, des difficultés de classement et des incertitudes demeurent.

939. En effet, la résolution des conflits mettant en jeu plusieurs privilèges reposant sur des fondements distincts est extrêmement complexe¹. Lorsqu'un concours oppose le titulaire d'un privilège fondé sur l'idée de gage tacite et le titulaire d'un autre privilège, le concept de bonne foi permet de déterminer l'identité du vainqueur : partant de la situation du bailleur d'immeuble qui prime les titulaires des autres privilèges s'il ignorait leur existence au jour de la constitution de son « gage tacite »², la doctrine a élaboré un principe qui veut que tout titulaire d'un « gage tacite » prime les autres titulaires de privilèges spéciaux mobiliers s'il ignorait leur existence, de bonne foi, au jour de la naissance de son privilège. Il passe en revanche au dernier rang s'il a fait preuve de mauvaise foi. Hors de cette situation, c'est l'utilité des frais exposés qui constitue le fondement de la hiérarchie établie entre les créanciers. C'est ainsi que le conservateur prime toujours ses concurrents dont les droits ont été acquis avant que les frais de conservation ne soient avancés. Le conservateur prime donc le bailleur d'immeuble dont la créance est née antérieurement³. Mais il prime également le vendeur de meuble dont la créance est née postérieurement à son intervention⁴, ce qui peut apparaître assez étrange pour les cas dans lesquels le vendeur ne l'a pas, lui-même, sollicitée.

940. Plusieurs objections peuvent être adressées à l'encontre de ces techniques de classement⁵, mais nous n'en retiendrons que deux. La première concerne leur insuffisance.

¹ Pour une proposition visant à clarifier l'exposition du droit positif en fondant les solutions des conflits sur l'importance des idées de bonne foi et d'utilité des frais exposés, v. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 684 et s., p. 109 et s.

² Art. 2332-3, 2° C. civ.

³ Art. 2332-3, 1° C. civ.

⁴ Art. 2332-3, 3° C. civ.

⁵ V. not. M. Farge, « Des privilèges mobiliers », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, n° 10, p. 134 : « les auteurs concèdent aujourd'hui que cette distinction n'est pas dénuée d'artifices et, surtout, qu'elle constitue un piètre guide pour celui qui voudrait déduire le régime d'un privilège particulier de son fondement ».

Etant donné l'absence de règles générales d'origine légale, le système ne peut fonctionner que si tous les privilèges spéciaux mobiliers peuvent être rattachés à l'une des trois catégories. Or, il n'en est rien¹. Les privilèges du Trésor, d'une importance pratique considérable, n'entrent pas dans le système doctrinal. Il est regrettable que ces sûretés, qui ont un impact très fort sur l'ensemble des créanciers, ne disposent pas de règles claires de classement dans le Code civil. C'est également le cas du privilège du propriétaire de terrains occupés pour cause de travaux publics pour le recouvrement des indemnités qui lui sont dues².

941. Vers la suppression de la catégorie des privilèges fondés sur l'idée de gage tacite. La seconde objection est plus grave encore car elle touche au cœur du système en remettant en cause l'existence d'un des trois fondements retenus pour réaliser le classement : l'idée de gage tacite. Elle repose certes sur une solide assise historique, les usages romains voulant qu'une hypothèque mobilière sur les meubles garnissant la maison louée ou les fruits du fonds affermé soit systématiquement stipulée en faveur des bailleurs d'immeubles, si bien qu'après être devenue une clause de style des contrats de location, elle a été directement intégrée dans l'économie de l'opération, sans qu'une quelconque stipulation ne soit nécessaire³. La valeur explicative de cette idée a nettement décliné depuis, au point qu'il semblerait qu'il faille aujourd'hui s'en débarrasser en raison de la confusion qu'elle entraîne. Faire de certains privilèges spéciaux mobiliers des émanations de l'idée de gage tacite, c'était en effet affirmer que la dépossession du débiteur était nécessaire à l'existence du privilège, que le titulaire du privilège dispose de certaines prérogatives réservées au créancier gagiste et enfin que le titulaire du « gage tacite » peut primer ses concurrents dans les mêmes conditions que le gagiste, grâce à sa possession de bonne foi du bien grevé⁴. Il n'en est pourtant rien, et l'étude de l'évolution du privilège du commissionnaire de transport permet de se convaincre que « *les privilèges que*

¹ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 750, p. 157: « certains privilèges se justifient par une idée exactement inverse des fondements traditionnels, par exemple le privilège des propriétaires de terrains occupés pour cause de travaux publics est motivé comme contrepartie non d'une mise en valeur mais d'une nuisance » ; Ph. Simler, « Privilèges mobiliers », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2332, fasc. 30, déc. 2015, n° 33 et s.

² Art. 18 de la loi du 29 décembre 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution de travaux publics.

³ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 755, p. 161 ; M. Rouland, th. précitée, n° 138 et s., p. 147 et s.

⁴ Sur tous ces points, v. M. Rouland, th. précitée, n° 144 et s., p. 157 et s.

l'on prétend fondés sur l'idée de gage tacite sont, faute de consentement, aussi loin du gage que les quasi-contrats se trouvent éloignés des contrats »¹.

942. A l'origine, l'article 95 du Code de commerce faisait expressément référence à son article 92 conditionnant le maintien du droit de préférence du gagiste à la conservation de la possession par le créancier, tout en sachant qu'elle pouvait être fictive, c'est-à-dire constituée par l'intermédiaire d'un connaissance ou d'une lettre de voiture. La situation a évolué avec la loi n° 98-69 du 7 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier, dont l'article 7 modifie la rédaction des textes précédemment cités et gomme toute référence à une quelconque dépossession². Cette loi a précipité le déclin de la catégorie des privilèges reposant sur l'idée de gage tacite : l'octroi des prérogatives extraordinaires du gagiste au commissionnaire étant jusqu'alors subordonné à la dépossession du débiteur, sa disparition devait nécessairement imposer une réflexion quant à leur maintien. En effet, la jurisprudence déduisait de la seule existence du privilège la possibilité pour le commissionnaire de solliciter l'attribution judiciaire du bien grevé³ et d'opposer son droit de rétention tant au débiteur qu'aux créanciers concurrents⁴. On peut alors légitimement se demander s'il est possible de trouver une justification au fait que certains titulaires de sûretés légales bénéficient, par une simple interprétation jurisprudentielle, de facultés réservées aux titulaires de sûretés conventionnelles par des textes exprès ou d'un droit exclusif qui suppose la connexité de la détention et de la créance garantie. La doctrine se prononce majoritairement en faveur de l'idée selon laquelle seul le législateur peut décider que le commissionnaire est titulaire de la faculté d'attribution judiciaire et qu'il ne doit pouvoir se prévaloir d'un droit de rétention que s'il en remplit les conditions légales⁵. Il faut en outre rappeler que la sûreté conventionnelle dénommée « gage » peut aujourd'hui être constituée avec ou sans

¹ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd. par Y. Picod, 1999, n° 164, p. 239.

² Art. L. 132-2 C. com. : « *Le commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes ses créances de commission sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures* ».

³ Com., 11 mai 1976, *Bull. civ. IV*, n° 161, p. 136 (n° 74-15145).

⁴ Com., 8 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 125, p. 102 (n° 91-12233).

⁵ En ce sens, Ph. Delebecque, « L'article L. 132-2 du Code de commerce : le privilège du commissionnaire », in *Le juge et le droit de l'économie – Mélanges Pierre Bézard*, Montchrestien, 2002, n° 17 et s., p. 217 et s.

dépossession, ce qui devrait conduire à atténuer très fortement le particularisme des privilèges dont l'assiette se trouve entre les mains du créancier.

943. Plus généralement, une solution s'impose alors dans le but de restaurer la cohérence du droit des sûretés légales : l'élimination générale de l'idée de gage tacite, à l'exemple de ce qui a été réalisé par la doctrine en matière de privilège du commissionnaire de transport. Serait alors réalisé un retour à l'essence du privilège, le droit de préférence accordé par la loi, en effaçant les scories liées à l'intervention intempestive du régime d'une sûreté conventionnelle dans le champ des sûretés légales¹. Il faut ainsi se féliciter de ce que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose la suppression de la possibilité pour le bailleur d'exercer son droit sur des biens n'appartenant pas au locataire², ce qui renforcera les droits des véritables propriétaires que sont le réservataire et le crédit-bailleur³. Mais il sera également nécessaire de bâtir un nouveau classement intégral des privilèges spéciaux mobiliers, ce qui ne pourra être envisagé qu'une fois leur nombre considérablement réduit. Le problème est similaire au sein du Livre VI du Code de commerce.

944. Les difficultés du classement des privilèges en procédure collective. A première vue, le classement des privilèges en droit des procédures collectives paraît clair. Bien que l'ordre des droits de préférence varie légèrement en fonction de la procédure considérée, le législateur a pris la peine de fixer une hiérarchie précise aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce. Le désordre vient toutefois de la tendance à l'édiction de nouveaux privilèges qui ne rentrent pas dans le cadre existant. La situation est particulièrement frappante en ce qui concerne le privilège mobilier général des producteurs agricoles pour le paiement des sommes dues par leurs acheteurs subissant l'ouverture d'une procédure collective. L'article 2332-4 du Code civil confère le deuxième rang à ce privilège, juste après le superprivilège offert aux salariés. Pourtant, ce texte n'est pas contenu dans le Code de commerce et, aux termes de l'article 2287 du Code civil, le droit des sûretés issu du Code civil ne s'applique que s'il n'entre

¹ Ph. Malinvaud, « Le privilège du bailleur et les meubles qui n'appartiennent pas au preneur », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, n° 8 et s., p. 582 et s., ainsi que J. François, « L'exercice du privilège et du droit de rétention du commissionnaire de transport sur des marchandises n'appartenant pas au débiteur », *RJ Com.* 1995. 129, spé. n° 32 et s., p. 147 et s. et M. Rouland, th. précitée, n° 137 et s., p. 147 et s.

² V. l'art. 2332, 1° de l'avant-projet.

³ A propos du conflit opposant ces deux ordres de créanciers, v. G. Ansaloni et E. Billiet, « Remarques sur le conflit entre le privilège du bailleur d'immeuble et le leasing de biens d'équipement », *RDBF* nov. 2009, étude 35.

pas en contradiction avec les règles du Livre VI du Code de commerce. Il nous semble alors qu'un mandataire judiciaire ayant exposé des frais utiles au producteur agricole devrait être en mesure de lui opposer le privilège des frais de justice, classé au deuxième rang au sein des dispositions de ce dernier Code. Le débat reste ouvert... On peut également se poser la question du rang du privilège de *post money*, le crédit accordé au débiteur au cours de l'exécution du plan ne devant pas réduire trop fortement la capacité de l'entreprise en difficulté à accorder des sûretés efficaces aux prêteurs qui consentent à la soutenir au moment où elle en a le plus besoin¹.

945. Reste enfin la question épineuse du conflit, en liquidation judiciaire, opposant les organes de la procédure demandant le paiement de leurs frais de justice à l'AGS subrogée dans le superprivilège des salariés². Chacun des « camps » peut se prévaloir d'un texte affirmant la primauté de ses droits : l'AGS fonde ainsi ses prétentions sur l'article L. 3253-2 du Code du travail indiquant que les rémunérations couvertes par le superprivilège doivent être réglées « *nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée* », alors que les professionnels des procédures collectives invoquent l'article L. 643-8 du Code de commerce qui confère aux organes de la liquidation le droit de distraire de l'actif les sommes correspondant à leurs frais et dépens. Il nous semble que le contentieux devrait se résoudre au bénéfice de ces derniers : en évaluant la valeur des actifs du débiteur et en les vendant, ils exposent des frais utiles à la réalisation du gage commun et devraient donc être colloqués à un rang supérieur à celui de tous les autres créanciers bénéficiant de l'exposition de ces frais. Il s'agit là d'une question de justice commutative, qui correspond en outre à la pratique actuelle des répartitions³.

946. Conclusion de la section 1. Le tableau d'ensemble n'incite guère à l'optimisme. La notion de privilège de paiement est floue car elle intègre à la fois de véritables sûretés réelles légales et de simples garanties préférentielles. Les premières – les privilèges spéciaux munis de droit de suite – mettent à la charge du débiteur une véritable obligation de garantir sa propre

¹ Sur cette question, v. *infra*, n° 982 et s.

² V. M. Menjucq, V. de Carrière, B. Desteract et E. Etienne-Martin, « L'activité des entreprises en difficulté en période d'observation », *RPC* sept.-oct. 2019, entretien 3.

³ F. Legrand, « Pratique des répartitions », *RPC* nov.-déc. 2019, prat. 2. V. également F. Pérochon, « Le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives », *BJE* sept. 2019, p. 72 et s., n° 36 et s., spé. n° 38 : « *le paiement des frais de la procédure ne relève pas d'un privilège qui s'exercerait au sein de la répartition, il est extérieur à celle-ci et la précède pour la raison évidente qu'il la conditionne ; sans répartiteur, pas de répartition... ! Les honoraires du répartiteur donnent lieu en conséquence à un prélèvement sur l'actif avant toute répartition* ».

dette, en lui imposant de conserver en nature et en valeur l'assiette grevée, sauf s'il préfère la céder, auquel cas les créanciers privilégiés pourront poursuivre le tiers acquéreur. Les secondes – les privilèges généraux et spéciaux dépourvus de droit de suite – sont bien davantage des survivances du droit romain en ce qu'elles ne manifestent leurs effets qu'au stade de la répartition des fonds issus de la vente des biens désignés par la loi. Leur fondement est également flou, la référence prétendument objective à la « qualité de la créance » cachant mal la réalité se dissimulant derrière l'octroi de privilège, un choix politique purement subjectif du législateur. Mais un tel choix n'est acceptable que s'il ne favorise qu'un petit nombre d'élus. Le législateur, cédant régulièrement à la pression des lobbies en ajoutant de nouveaux privilèges à une liste déjà très touffue, ne se met pas en mesure de limiter le gonflement démesuré du passif privilégié, ni de bloquer les velléités judiciaires d'extension de certains privilèges par analogie. La clarification du système devrait donc passer par le gommage de la référence à la notion de qualité de la créance pour affirmer purement et simplement que les sûretés légales sont conférées « par l'autorité de la loi ». Mais il sera également indispensable de réduire le nombre de privilèges afin de couper court aux revendications catégorielles en ne les octroyant que dans des situations d'absolue nécessité.

Les vices affectant la notion de privilège obscurcissent nécessairement son régime. Au-delà de l'octroi du droit de préférence par la loi, point commun à toutes ces sûretés, de nombreuses questions demeurent âprement discutées. Devant l'indécision du législateur, les interrogations relatives à la distinction des privilèges immobiliers spéciaux et des hypothèques légales ou encore au bénéfice du droit de suite à tous les titulaires de privilèges reviennent périodiquement sur le devant de la scène. Il nous semble que l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant doit être assez largement approuvé quant aux solutions apportées à ces problématiques : les privilèges immobiliers spéciaux nés à l'occasion d'une mutation immobilière doivent être assimilés à des hypothèques légales et le droit de suite ne doit être conféré que lorsque la loi l'indique expressément. En revanche, aucune clarification ne peut être apportée, en l'état actuel des choses, à la confusion qui règne parmi les principes de classement des privilèges. Les solutions classiquement retenues ne fonctionnent plus, en raison tant de l'accroissement irraisonné du nombre de privilèges que la fausseté de l'idée de « gage tacite ». Dès lors, il nous semble que la remise en ordre du droit des privilèges ne peut passer

que par le réexamen de leur raison d'être et la suppression de toutes les sûretés légales dont on a suffisamment de raisons de penser qu'elles méritent de disparaître.

Section 2 : Propositions pour une remise en ordre

947. Plan. Perrot, dans sa présentation du *Dictionnaire des privilèges* de Mme Roudaut, décrivait un tableau d'ensemble peu reluisant du droit des privilèges. Il insistait tout particulièrement sur l'impossibilité de les connaître tous au vu de leur diversité extraordinaire¹. Une tentative d'amélioration de l'intelligibilité de la matière passe alors nécessairement par la suppression d'un certain nombre de sûretés légales. Nous ne traiterons pas de tous les privilèges de manière exhaustive, mais seulement de ceux qui sont bien connus car fréquemment utilisés ou présents dans le Code civil. Il n'y aurait pas grand intérêt ici à se prononcer sur des privilèges très spécifiques tel que celui qui revient à l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) pour le recouvrement des sommes avancées aux collecteurs de céréales en vertu du paiement d'effets avalisés², ou encore du privilège mobilier général offert par le Code des Douanes à certaines personnes pour le recouvrement de la partie de leur créance correspondant aux droits de douane et taxes de toutes natures grevant les produits pétroliers et assimilés³. Les privilèges maritimes, fluviaux et aériens ne seront pas non plus abordés, dans la mesure où l'on a pu affirmer que l'idée qui sous-tend leur régime – la division entre privilèges de premier rang, prévus par les conventions internationales⁴ et primant les hypothèques, d'une part, et privilèges de second rang, que le législateur national peut librement décider de consacrer

¹ R. Perrot, quatrième de couverture de H. Roudaut, *Dictionnaire des privilèges*, Editions juridiques et techniques, 1993 : « *La matière des privilèges a toujours eu la triste réputation d'être une discipline austère et complexe. Comment pourrait-il en être autrement ? Leur multiplicité est déroutante ; et leur diversité, dans les domaines les plus inattendus, une source constante de surprises. Souvent les privilèges sont dispersés dans les textes au gré des impulsions législatives du moment, en fonction d'opportunités dont on ne discerne pas toujours la raison de manière évidente. Ils font penser à ces petits lutins qui gambadent sans retenue et mettent parfois la maison en émoi. Pour maîtriser leur sarabande il faut d'abord les connaître. Or cette tâche est d'autant plus ardue que l'on défend mal d'être en présence d'un puzzle impossible à reconstituer de façon cohérente autour de quelques idées simples* ».

² Art. L. 666-3 C. rural.

³ Art. 380 du Code des douanes.

⁴ V., en matière de privilèges maritimes, la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 et les art. L. 5114-7 et s. C. transports ; en matière de privilèges aériens, la Convention de Genève du 18 juin 1948 et les art. L. 6122-16 et s. C. transports ; enfin, en matière de privilèges fluviaux, la Convention de Genève du 25 janvier 1965 ainsi que les art. L. 4122-11 et s. C. transports.

ou non, et passant après les hypothèques, d'autre part – « *est absolument étrangère à notre théorie générale des sûretés réelles* »¹.

Il faut toutefois se garder d'un écueil propre à la matière : celui du jugement de valeur. Le législateur, par une décision politique, a privilégié certains créanciers dans le recouvrement de certaines créances. Il ne revient pas à la doctrine de contester le bien-fondé de ce choix politique sur le fondement de convictions personnelles. Il faut, au contraire, placer le débat sur le terrain technique, et se demander, alors que l'inflation du nombre des privilèges rend la situation de plus en plus complexe, lesquels il est possible de supprimer afin de restaurer la cohérence générale du système. Il faut ainsi prendre du recul et poser de véritables principes théoriques de clarification du droit des privilèges (§1). Une fois ces principes posés, il faudra les mettre en œuvre sur quelques exemples particulièrement évocateurs, afin de démontrer qu'ils sont aptes à assurer la simplification du droit des privilèges, loin de toute considération politique (§2).

§1) Les principes théoriques de remise en ordre du droit des privilèges

948. Plan. Le constat du nombre excessif de privilèges ayant déjà été maintes fois réalisé, la remise en ordre ne peut donc passer que par la diminution de leur poids sur le crédit. S'agissant d'exceptions au principe de l'égalité entre les créanciers, encore faut-il prouver que cet affaiblissement des privilèges est justifié par la nécessité de rendre une partie de son empire audit principe (A).

Une fois le principe de la nécessité de la réduction du poids des privilèges acté, il faudra encore déterminer une méthode propre à assurer effectivement cette simplification du droit. En s'inspirant de la recommandation 83 du guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties², il nous semble que la fixation des règles directrices propres à remettre en ordre le

¹ G. Ripert, « La réforme des privilèges maritimes par la loi du 19 février 1949 », *DMF* 1949, p. 225. V. également E. Becqué, « Le droit nouveau du crédit réel maritime », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à Georges Ripert*, T. II, LGDJ, 1950, p. 385, qui l'érige en « *distinction fondamentale, qui sépare absolument le droit maritime du droit commun des sûretés réelles* ».

² « *La loi devrait limiter tant le type que le montant des privilèges d'origine légale qui ont priorité sur les sûretés réelles mobilières. Si de tels privilèges existent, ils devraient être décrits dans la loi de manière claire et précise* ».

droit des privilèges doit concerner tant l'exigence de sobriété de la part du législateur que la suppression des privilèges devenus inutiles et la réduction des privilèges excessifs (B).

A) La nécessité du retour en force du principe d'égalité

949. Vers une suppression des privilèges ? De manière épisodique, des appels à la clarification du droit des privilèges se font entendre. Ils émanent parfois de praticiens, mais encore de membres de la doctrine ou de groupes de travail consultés sur une réforme du droit des sûretés. La plupart du temps, il s'agit de « tailler dans le maquis » des sûretés légales, mais il peut également arriver que des propositions plus radicales voient le jour, visant à supprimer purement et simplement tous les privilèges. C'est par exemple la position retenue par l'Office de Révision du Code civil québécois qui, dans son rapport de 1975 relatif aux sûretés réelles, a inséré une note sur les privilèges mobiliers et immobiliers recommandant l'abrogation totale de toutes ces sûretés légales en raison du caractère discriminatoire de l'octroi de privilèges à certains créanciers et non à d'autres¹. Cette idée est partagée, quoique sur un domaine plus restreint, par M^e Rossignol, dans un rapport célèbre plaçant en faveur de l'égalité absolue des créanciers dans les procédures collectives, par la suppression des privilèges des frais de justice, des salaires, du Trésor Public ainsi que des caisses d'assurance sociale². Il faudrait donc extirper la racine du mal, les privilèges, pour en revenir à la panacée, le principe d'égalité entre les créanciers³. Est-on pour autant certain que le principe d'égalité possède véritablement les vertus qu'on lui prête usuellement ?

¹ ORCC, *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975, pp. 46-48 : « *quels sont ces motifs qui pourraient justifier l'existence de privilèges dans la société contemporaine ? [...] Ne serait-il pas vrai de dire que presque tous les créanciers méritent un privilège ? Du point de vue de l'équité, il est en effet assez difficile de les départager : pourquoi donc préférer le vendeur d'un appareil domestique à celui qui fournit les denrées alimentaires ou les vêtements à l'individu ? Comment distinguer les divers fournisseurs de biens ou de services et comment préférer ces derniers à ceux qui ne fournissent qu'un crédit ou qu'un prêt d'argent pour se procurer ces biens ou ces services ? [...] Le seul fait de la mise en rang des créanciers constitue une forme de discrimination qui n'est pas admissible au-delà du premier ou du second rang [...] Cette affirmation n'élimine pas nécessairement toute idée de préférence entre créanciers. Les sûretés conventionnelles doivent conserver leur place dans l'activité économique moderne. Ce sont les préférences légales, attribuables à la seule qualité ou cause de la créance qui semblent être arbitraires. Il n'y a pas lieu de retenir la notion de privilège en tant que droit réel légal et le Comité en recommande l'abrogation pure et simple.* »

² H. Rossignol, « De l'égalité relative à l'égalité absolue », in *L'égalité compromise par la multiplication des privilèges – XVII^e congrès des syndicats et administrateurs*, Gaz. Pal. 7 déc. 1978, p. 612 et s.

³ Le rapport de l'ORCC est très clair sur le sujet, qui affirme qu'il serait « *préférable de valoriser la notion de patrimoine selon laquelle les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* » (p. 48).

950. Valeur morale du principe d'égalité des créanciers. Force est de constater que, malgré les appels répétés à la suppression totale des privilèges, le législateur ne franchit jamais le Rubicon et en laisse demeurer parfois quelques-uns, le plus souvent la majorité d'entre eux. C'est que le principe d'égalité ne constitue ni un dogme indépassable, ni un principe doté de vertus si franches qu'il imposerait le refus de tout classement entre les créanciers. Il a déjà été démontré que l'égalité de principe entre les créanciers n'est pas l'idée la plus juste qui soit¹. En effet, l'idée d'égalité ne peut justifier un traitement identique de toutes les situations possibles, sous peine de conduire aux injustices les plus graves : *summum jus, summa injuria*...

951. Bien au contraire, le législateur peut s'appuyer sur la situation particulière d'un créancier pour lui octroyer un privilège là où il maintient la qualité de chirographaire de tous les autres. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé de manière fort explicite en ce sens dans sa décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, à propos de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. Alors que soixante députés avaient soulevé la possibilité d'une incompatibilité entre cette disposition et le principe d'égalité face à la loi et aux charges publiques énoncé par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le Conseil a reconnu la conformité de cette règle à la Constitution en affirmant que « *la loi a pu, sans être astreinte à prévoir quelque indemnisation que ce soit, modifier le rang des créances assorties de sûretés réelles à l'avantage de créanciers qui, depuis l'ouverture de la procédure, ont concouru à la réalisation de l'objectif d'intérêt général de redressement des entreprises en difficulté ; qu'ainsi, elle a soumis à des règles différentes des créanciers placés dans des situations différentes au regard de l'objectif poursuivi* »². L'égalité peut donc être aménagée pour favoriser l'accomplissement des buts que se donne le législateur, ici la poursuite de l'activité des entreprises en difficulté. Des différences de situation plus objectives peuvent également motiver une inégalité de traitement : comment pourrait-on moralement se satisfaire de la qualité de chirographaire du salarié, soumis à son employeur par un lien de subordination et donc, de ce fait, incapable de solliciter l'obtention d'une sûreté conventionnelle pour garantir le paiement de sa créance de salaire, qui est une créance alimentaire ? Le salarié ne doit certainement pas être traité de la même manière que les titulaires d'un pouvoir économique considérable les rendant aptes à

¹ M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », art. précité, n° 10 et s., p. 35 et s.

² Décision DC n° 84-183 DC du 18 janvier 1985 du Conseil constitutionnel, n° 5.

négocier l'octroi de garanties. Le classement est donc infiniment supérieur à l'égalité du point de vue moral¹.

952. Valeur économique du principe d'égalité des créanciers. C'est toutefois essentiellement sur le plan économique qu'il faut éprouver la valeur du principe d'égalité. Si ce principe constitue la première garantie des créanciers², force est de constater que crédit « en général » et crédit chirographaire sont totalement antinomiques aujourd'hui³. Le crédit chirographaire, qui repose sur la confiance du créancier dans la solvabilité et l'honnêteté de son débiteur, ne peut se développer qu'à condition que la qualité de créancier chirographaire soit autre chose qu'une manière plaisamment tournée de dire que le créancier sera impayé en cas de difficulté affectant son débiteur⁴. L'octroi de crédits longue durée, le gonflement du passif privilégié, la course aux garanties conventionnelles tant préférentielles qu'exclusives empêchent de se reposer exclusivement sur le « crédit personnel » du débiteur. Les sûretés sont indispensables à la bonne marche du système économique actuel et un changement de paradigme ne pourrait avoir lieu qu'à très long terme.

953. De manière assez paradoxale, c'est justement parce que l'économie repose sur le crédit que le principe d'égalité dispose d'une valeur économique particulièrement forte. Pour obtenir le financement de son activité, il faut que le débiteur puisse être en mesure de conférer des sûretés réelles de premier ou second rang sur les biens de valeur qui composent son patrimoine. Si tous ses biens sont grevés de sûretés légales dès leur entrée dans son patrimoine, le débiteur se trouve dépourvu de la « *puissance de garantie* » que le principe du droit de gage

¹ M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », art. précité, n° 11, p. 35 : « *Dans la Cité Idéale, la loi du concours et celle de l'uniformité des délais moratoires ne devraient pas avoir... droit de cité et c'est par le principe hiérarchique que devraient être intégralement réglées les relations entre créanciers* ». L'idée a également fait son chemin en Italie, v. M. Bussani, « Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle Italien des sûretés », *European Review of Private Law* vol. 6, n° 1, 1998, p. 26, relayant l'idée que « *le principe en question représente dans le meilleur des cas un instrument pratique pour la résolution d'un problème distributif, sans qu'y soit associée aucune prétention de justice substantielle* ».

² Si bien que l'on a pu le qualifier de « *mère du crédit* » (J. Hamel, préf. à la thèse de M. Vasseur, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Editions Rousseau, 1949, p. 1).

³ M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », art. précité, n° 15 et s., p. 36 et s. ; v. également le plan de M. Vasseur, th. précitée, qui oppose « *l'égalité entre les créanciers, élément du crédit général du commerçant* » et « *l'inégalité de traitement au profit d'un créancier, moyen de renforcement du crédit du commerçant à l'égard de ce créancier* ».

⁴ Rappr., en droit belge, J. Caeymaex et T. Cavenaile, *Manuel des sûretés mobilières*, Larcier, 2^e éd., 2018, n° 22, p. 33 : « *Être créancier chirographaire n'est plus du tout, dans l'état actuel de notre droit, le statut commun du créancier qui doit se résigner à ne recevoir qu'une partie de ce qui lui est dû, comme le concevait le législateur de 1851. C'est devenu la situation de celui qui perd quasiment toujours la totalité de sa créance parce qu'il est supplanté par d'innombrables créanciers privilégiés* ».

général lui confère¹. De la même manière que les sûretés réelles *omnibus* doivent être combattues afin de préserver la liberté économique des consommateurs², les sûretés légales doivent peser le moins possible sur les épaules des débiteurs afin de leur permettre de consentir des sûretés conventionnelles efficaces à leurs créanciers. Les entorses automatiques au principe d'égalité, réalisées par la seule volonté de la loi, doivent donc refluer. Le crédit repose désormais sur l'inégalité entre les créanciers, mais cette inégalité doit être voulue et non imposée par la loi, sauf cas exceptionnels. Il paraît donc nécessaire d'édicter un certain nombre de principes limitant les cas de création de privilèges aux situations dans lesquelles ils sont absolument indispensables.

B) La nécessité d'édicter des principes directeurs du droit des privilèges

954. Le principe de sobriété législative. Il importe avant tout d'endiguer le flot ininterrompu de création de nouveaux privilèges au gré des interventions des groupes de pression. Le premier principe se veut donc préventif : à l'image de ce que préconisait Carbonnier de manière générale, il faudrait que les gouvernants s'appuient sur la maxime « *Ne privilégiez qu'en tremblant* »³. La sobriété législative vaut évidemment pour l'ensemble du droit, le phénomène de l'inflation législative nuisant à sa clarté dans bien des domaines, mais elle comporte ici une dimension particulière, étant donné que c'est la rareté qui fait le prix du privilège. En effet, en multipliant les causes légales de préférence, le législateur cause en réalité beaucoup de tort à ceux qu'il privilégie. Le privilège ayant pour utilité essentielle l'obtention d'un bon rang dans la répartition des deniers issus de la vente du bien grevé, son intérêt ne peut subsister que s'il existe peu de droits de préférence. Dans le cas contraire, la faveur législative se retourne contre ceux qui en bénéficiaient initialement, car celui qui pouvait tirer parti de son classement à un rang utile peut très bien, quelques années plus tard – largesses législatives obligent – être primé par plusieurs privilèges lui interdisant l'accès à la valeur qui lui était

¹ R. Demogue, « La notion de patrimoine », in *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du droit, 2001, p. 399. Cet auteur reprend la même idée dans ses *Répétitions écrites de droit civil*, deuxième année, 1934-1935, Les Cours de Droit, 1935, p. 817.

² V. *supra*, n° 310 et s.

³ Pour la formule d'origine, v. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 50 : « *ce serait déjà un beau résultat si nos hommes de gouvernement consentaient à prendre conseil de quelques maximes, inspirées de l'hypothèse et pourtant raisonnables, telles que Ne légiférez qu'en tremblant* ».

initialement réservée. Le privilège n'est aujourd'hui qu'un avantage bien éphémère : les premiers seront les derniers¹...

955. Pour faire respecter ce principe de sobriété, nul besoin d'une nouvelle intervention législative. Il suffit de mettre en œuvre les textes existant relativement aux études d'impact. Depuis une loi organique du 15 avril 2009, ces études font partie intégrante du processus législatif visant à l'adoption d'un projet de loi². Toutefois, pour saisir réellement leur intérêt en la matière, il faut se référer à une circulaire du Premier Ministre du 26 janvier 1998, qui constitue un véritable *vade-mecum* de l'étude d'impact³, la loi organique se contentant de fixer les principes généraux. Elle présente deux intérêts majeurs : il s'agit d'abord, préalablement à l'adoption de la loi, de s'assurer que toutes les conséquences concrètes de sa promulgation ont bien été envisagées. A cette occasion, il faut donc clairement déterminer le champ des personnes dont la situation est modifiée par l'entrée en vigueur de la loi nouvelle⁴. Une telle obligation est de nature à faire respecter le principe de sobriété en matière de privilèges : chaque fois que le législateur veut en créer un, en vertu des textes existants, il devrait être tenu de procéder à un classement complet des privilèges et de préciser clairement pourquoi certains créanciers, qu'il estimait hier devoir bénéficier d'un certain rang dans le concours, méritent aujourd'hui d'être déclassés. Outre la difficulté de la tâche au vu du nombre de sûretés légales, ce classement ferait apparaître au grand jour l'impossibilité d'un système dans lequel tous ceux qui en font la demande sont titulaires d'une créance privilégiée.

956. C'est ici que se manifeste le deuxième intérêt de l'étude d'impact : en obligeant le législateur à se justifier dans un domaine où l'essentiel repose sur des jugements de valeur arbitraires, l'utilisation systématique d'études d'impact suffisamment précises devrait permettre de limiter la création de nouveaux privilèges. Toutefois – et c'est là que le bât blesse

¹ De manière plus imagée, l'on peut également affirmer qu'« un législateur démagogue a cédé à la tentation facile de multiplier le nombre de convives, en invitant les derniers invités en date à se repaître les premiers des biens du débiteur, au détriment des invités de la première heure... » (Ph. Dupichot, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », in *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, n° 13, p. 218).

² Art. 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

³ Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, *JORF* 6 fév. 1998, p. 1912.

⁴ La circulaire précitée précise ainsi, dans son II-2, que « l'étude identifie avec précision les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, concernées par les mesures envisagées, non seulement celles qui vont en bénéficier, mais toutes celles qui sont concernées, directement ou indirectement, par les mesures ».

– pour que les études d'impact remplissent leur rôle, encore faut-il disposer d'une sanction adéquate à l'égard du législateur¹. Actuellement, celle-ci consiste en l'ajournement, par le Conseil d'Etat, de l'étude du texte, bloquant par là même le processus législatif tant que l'étude d'impact n'a pas été complétée. En matière de privilèges, où il y a urgence à clarifier le système, le Conseil d'Etat devrait aller plus loin, jusqu'à rejeter le texte qui lui est soumis². Quoi qu'il en soit, ce principe de sobriété ne concerne que la légistique, or il paraît également nécessaire d'édicter des principes permettant de contrôler le bien-fondé de l'existence des privilèges appartenant déjà à notre droit du crédit.

957. Le principe de nécessité du privilège. Au-delà de la prise en compte de l'édiction de privilèges sur l'organisation générale du crédit, il faudrait également poser un principe de nécessité du privilège qui se focalise sur la personne de son titulaire. Un nouveau privilège ne doit être créé, ou un ancien privilège maintenu, que si la personne que le législateur cherche à protéger ne dispose pas par ailleurs de droits qui s'additionnent à son droit de gage général et lui permettent d'ores et déjà de recouvrer facilement sa créance³. Les garanties légales ne devraient pas pouvoir être empilées et obérer ainsi fortement les possibilités pour le débiteur d'obtenir du crédit. Cela ne signifie pas pour autant que la titularité d'un droit exclusif doit condamner l'octroi de privilèges, si les deux se complètent sans être redondants.

958. Un bon exemple de cette coexistence harmonieuse d'un privilège et d'une autre prérogative exceptionnelle peut être étudié à partir de la situation du créancier alimentaire. Aux termes de l'article L. 213-2 du Code des procédures civiles d'exécution⁴, ce dernier dispose,

¹ Pour une critique en règle de l'étude d'impact accompagnant la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016, v. C. Pérès, « L'étude d'impact à la lumière de la réforme par ordonnance du droit des obligations », *RDC* juill. 2014, p. 275 et s.

² A ce propos, v. l'intervention du vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé au colloque « Mieux légiférer » du 28 novembre 2014 à l'hôtel de Lassay, p. 10 : « *La mise en œuvre de cette loi organique par le Conseil d'Etat n'est guère visible dans la mesure où nos avis ne sont pas rendus publics. En tout et pour tout, nous n'avons jusqu'à présent rejeté qu'un seul texte pour absence ou quasi-absence d'étude d'impact. Beaucoup plus souvent – sur presque chaque texte, à dire vrai –, le Conseil d'Etat soulève l'insuffisance de l'étude d'impact sur telle ou telle mesure et demande qu'elle soit complétée avant le dépôt du projet de loi sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée, et le Gouvernement en tient plutôt bien compte* » (accessible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/presidence/colloque-mieux-legiferer-28-novembre-2014.pdf>).

³ Comp. avec le constat effectué par les auteurs du guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : « *La tendance de la législation moderne est de n'autoriser ces privilèges que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif social poursuivi* » (n° 92, p. 215). Il s'agirait d'ailleurs d'un retour aux sources si le Code civil devait accueillir un tel principe, v. la présentation de Treilhard du titre XVIII intitulé « des privilèges et hypothèques » au Corps législatif, in P.-A. Fenet, *op. cit.*, p. 458 : « *tout privilège est pénible pour ceux qui ne le partagent pas ; il est odieux quand il n'est pas nécessaire* ».

⁴ Art. L. 213-2 CPCE : « *La demande vaut, sans autre procédure et par préférence à tous autres créanciers, attribution au bénéficiaire des sommes qui en font l'objet au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles* ».

par la demande en paiement direct, à la fois d'une saisie-attribution qui tient partiellement en échec l'existence de l'insaisissabilité d'une partie de la créance de rémunération¹ et d'un privilège de premier rang pour le règlement des termes à échoir et des termes échus pour les six derniers mois de la pension alimentaire. Ce cumul de prérogatives étonne : s'il y a attribution immédiate de la créance, et donc exclusivité du créancier alimentaire, à quoi peut lui servir son privilège ? Il n'en est pourtant rien, dans la mesure où il faut bien distinguer deux situations. Lorsque le créancier alimentaire agit en premier, par la voie de la demande de paiement direct, il se voit attribuer immédiatement la créance de son débiteur contre son sous-débiteur, en ce compris la fraction insaisissable s'il y a lieu, sachant toutefois qu'il faut y retrancher le revenu de solidarité active². En revanche, lorsqu'une procédure de saisie des rémunérations a d'ores et déjà été intentée à l'encontre du débiteur d'aliments, la demande de paiement direct ne produit pas d'effet attributif. Le droit exceptionnel du créancier d'aliments sur la fraction insaisissable du salaire est mis en œuvre dans un premier temps puis, si son montant est insuffisant pour le désintéresser totalement, il exerce ensuite son droit sur la fraction saisissable du salaire, sur laquelle son privilège de premier rang lui permet de primer tous ses concurrents³. Le privilège ne sert pas à autre chose qu'à prévenir le risque de disparition de la créance de salaire du fait de saisies mises en œuvre par d'autres créanciers, et n'est donc utile à son titulaire que dans l'hypothèse où l'attribution immédiate de la créance ne joue pas et que l'action sur la fraction insaisissable du salaire est insuffisante à remplir le créancier d'aliments de ses droits. Il n'est pas redondant⁴.

959. Le principe d'utilité du privilège. M. Rouland, dans sa thèse de doctorat, avait préconisé la mise en place d'un contrôle d'efficacité pour ce qu'il appelle les « privilèges d'incitation », édictés par le législateur afin de favoriser l'accomplissement de prestations qu'il juge particulièrement opportunes. C'est ainsi que l'auteur proposait que « *s'il apparaît qu'un privilège d'incitation n'est pas, ou n'est plus, susceptible de produire l'effet souhaité, il peut être supprimé sans dommage* »⁵. L'idée nous paraît extrêmement judicieuse et devrait pouvoir être étendue dans deux directions. D'une part, le contrôle de l'utilité se focaliserait sur

¹ Art. L. 3252-2 C. trav.

² Art. L. 262-2 du Code de l'action sociale et des familles.

³ V. les règles d'imputations contenues dans l'art. L. 3252-5 C. trav.

⁴ En ce sens, R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 526, p. 498.

⁵ M. Rouland, th. précitée, n° 118, p. 127.

l'existence du privilège. Mais, loin de se limiter aux « *privilèges d'incitation* », il pourrait permettre l'abrogation de tous les privilèges aujourd'hui désuets, que l'on ne cite dans les ouvrages doctrinaux qu'au titre de curiosité juridique. Si la catégorie de personnes visée par le législateur n'a pas recours au privilège, c'est que ses membres ont trouvé leur sécurité ailleurs, ou que les évolutions sociales ont rendu l'opération envisagée rarissime¹. Dans tous les cas, son inutilité est avérée et la suppression devrait s'imposer sans heurts, faute de créanciers lésés².

960. D'autre part, le contrôle pourrait s'exercer sur l'étendue du privilège, ce qui en ferait un principe de proportionnalité de l'octroi d'un privilège au but recherché. Il s'agirait essentiellement de se demander si l'étendue du privilège quant aux créances garanties est véritablement justifiée. Celle-ci est parfois totalement conforme à l'objectif législatif. On a vu précédemment que le privilège du créancier alimentaire s'étendait aux créances impayées des six derniers mois. La solution est parfaitement logique : s'agissant de sommes alimentaires, nécessaires à la survie du créancier d'aliments, la garantie ne peut qu'être limitée. S'il n'a pas déclenché plus tôt la procédure de paiement direct, l'on présume qu'il disposait de suffisamment de ressources par ailleurs pour faire face aux dépenses de la vie quotidienne et donc, par extension, que le versement des sommes alimentaires n'était pas indispensable sur cette période. Cela n'aurait aucun sens d'octroyer un privilège sur plusieurs années pour les paiements de créances alimentaires, les sommes ayant précisément perdu leur caractère alimentaire dans cette configuration. En revanche, le privilège produit un effet pervers lorsque son étendue est si importante que la sûreté du créancier lui procure un sentiment d'impunité. Il se sent alors si certain du recouvrement de sa créance, quels que soient les troubles qui affectent la situation du débiteur principal, qu'il « laisse filer » le passif privilégié, au détriment du débiteur et de l'ensemble des créanciers de rangs inférieurs au sien. La situation est alors paradoxale, car le privilège institué aux seules fins de faciliter le recouvrement de la créance peut se retourner contre son titulaire, qui aurait été intégralement désintéressé s'il avait agi dès

¹ Il ne nous semble pas qu'il soit judicieux d'aligner le droit commun des privilèges sur les principes retenus en droit maritime, dont l'une des idées maîtresses est qu'« *il convient de n'accorder de privilèges qu'aux créanciers qui n'ont pas les moyens de se défendre eux-mêmes et qui ne sont pas en mesure d'exiger de l'armateur une garantie conventionnelle* » (E. Becqué, « Le droit nouveau du crédit réel maritime », art. précité, p. 387). Le principe devrait demeurer la liberté de prendre ou non une sûreté conventionnelle. En revanche, lorsque la pratique a démontré l'inutilité d'un privilège en se rabattant systématiquement sur une sûreté conventionnelle de remplacement, il convient d'en prendre acte.

² Dans le même sens, v. D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stoufflet, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, n° 641, pp. 349-350.

l'échéance de sa créance, mais pourrait au contraire être tenu de supporter une perte en raison de son indolence, sans compter la perte subie par tous ses concurrents moins bien classés. En combinant les principes de sobriété législative, de nécessité et d'utilité des privilèges, il semble possible de clarifier la matière et d'aboutir à un état du droit bien plus satisfaisant que la situation actuelle.

§2) *La réalisation de la remise en ordre du droit des privilèges*

961. Plan. La remise en ordre du droit des privilèges a évidemment un intérêt théorique. Nul ne peut prétendre que l'intelligibilité et la clarté du droit sont des préoccupations secondaires. Toutefois, c'est l'intérêt pratique de cette clarification qui va retenir toute notre attention. Lorsque le débiteur est *in bonis*, l'examen de la nécessité et de l'utilité des privilèges préoccupe au premier chef les praticiens des procédures civiles d'exécution, chargés de répartir le prix de vente des biens grevés de sûretés : huissier de justice, commissaire-priseur, juge de l'exécution... La suppression des privilèges inutiles permettrait de simplifier largement les opérations de distribution en allégeant la liste des sûretés légales (A).

Dans le droit des procédures collectives, la remise en ordre des privilèges procède d'un intérêt plus impérieux encore. La reconstruction du droit des sûretés à partir du droit des procédures collectives – c'est à dire la revalorisation du droit de préférence et l'affaiblissement progressif, jusqu'à la disparition, des droits exclusifs¹ – ne constitue une perspective réaliste que si l'on procède à la réduction des privilèges qui permettent à leurs titulaires d'appréhender une part considérable de l'actif du débiteur en difficulté. Le développement des droits exclusifs, et donc la création du désordre qui affecte actuellement le droit des procédures collectives, a en effet été conçu comme un moyen de contourner le classement légal qui permettait aux titulaires de sûretés légales d'être payés quand les titulaires de droits de préférence d'origine conventionnelle ne l'étaient pas². Ce n'est donc qu'au prix d'un alignement du régime des droits

¹ Sur cet objectif, v. *supra*, n° 760 et s.

² En ce sens, P. Ancel, « Les privilèges du Trésor », *Revue française de finances publiques*, n° 7, 1984, n° 23, p. 17 ; C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, n° 6, p. 535, dénonçant le poids des privilèges de l'administration qui « désarticule les procédures collectives » ; J. Stoufflet, avant-propos à la thèse de D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, p. 3. De manière très générale, v. également J. M. Garrido, « The Distributional Question in Insolvency: Comparative Aspects », art. précité, p. 38.

exclusifs sur celui des sûretés préférentielles conjugué à l'affaiblissement des sûretés légales que l'on peut espérer voir revenir la cohérence en droit des procédures collectives, par le retour du droit de préférence comme moyen de protection habituel des créanciers¹, voire la possibilité pour les chirographaires de recevoir un paiement au moins partiel². Tous prendraient ainsi part aux conséquences de l'insolvabilité du débiteur principal, et les privilèges n'octroieraient plus à certains créanciers le droit de surplomber la procédure collective sans en souffrir (**B**).

A) La suppression des privilèges superflus en droit commun

962. Mise en œuvre du principe de nécessité. Peuvent être supprimés sans heurts, les créanciers à protéger étant déjà titulaires d'autres garanties légales par ailleurs :

- Le privilège de l'accédant, situé à l'article 2374, 7° du Code civil. Ce privilège est important en théorie³, dans la mesure où il permet à l'accédant qui refuse d'acquiescer le bien loué au terme du contrat – ou qui demande sa résiliation – d'obtenir une garantie solide du remboursement de la redevance due au titre du contrat, ou « surloyer ». En pratique, toutefois, force est de constater que l'utilisation de ce privilège est très rare. Le contrat de location-accession lui-même est rarement utilisé mais, de surcroît, les conditions de naissance du privilège sont draconiennes : l'article 16 de la loi du 12 juillet 1984 exige ainsi que « *les sommes correspondant au prix de l'immeuble payables avant le transfert de propriété n'excèdent pas 50 p. 100 de cette valeur* » et, surtout, que le privilège ne soit « *ni primé, ni en concurrence avec un autre privilège ou une autre hypothèque dont les causes ne seraient pas éteintes à la même date [celle du contrat de location-accession]* ». Bien que le texte prévoit la possibilité d'une cession de rang, la situation décrite par la deuxième condition ne se produit que très rarement en pratique⁴. Mais ce n'est pas tant son inutilité que son caractère superflu qui doit justifier sa

¹ Sur la nécessité de repenser la protection des créanciers, v. D. Legeais, th. précitée, n° 641 et s., p. 349 et s.

² Au Royaume-Uni, l'*Enterprise Act* de 2002, qui a supprimé le privilège de la Couronne, a prévu que les sommes ainsi dégagées devaient être en partie réservées aux créanciers chirographaires, et non revenir intégralement aux titulaires de *floating charges*, v. V. Dennis et A. Fox, *The New Law of Insolvency*, The Law Society, 2003, p. 136, ainsi que V. Finch et D. Milman, *Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, 3rd ed., 2018, pp. 517-518.

³ En ce sens, Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 633, pp. 576-577.

⁴ R. Saint-Alary et C. Saint-Alary-Houin, « La location-accession à la propriété immobilière », *RDI* 1985. 1, n° 50, pp. 22-23.

suppression. L'article 15 prévoit en effet que la garantie peut être constituée par un cautionnement donné par une personne dont la solvabilité ne peut être mise en doute. Dès lors, pourquoi s'embarrasser d'un privilège aux conditions particulièrement strictes ? Le cautionnement suffit d'ores et déjà à s'assurer que l'accédant pourra être remboursé.

- L'hypothèque légale garantissant les créances de toute nature du syndicat de copropriétaires contre chacun d'entre eux sur son lot : cette sûreté légale, prévue à l'article 19 de la loi du 10 juillet 1965 pour garantir le paiement des créances de toute nature du syndicat de copropriété à l'égard des copropriétaires, n'a pas rempli son objectif. L'hypothèque légale, qui doit être inscrite, est systématiquement primée par les hypothèques conventionnelles inscrites par les autres créanciers, et l'insolvabilité du copropriétaire doit être supportée par la collectivité des copropriétaires, si bien que l'on a pu écrire que « *le législateur n'a conçu qu'un vaste château de cartes qui s'effondre devant les privilèges des créanciers en concours avec le syndicat* »¹. S'agissant d'une question de rang, le législateur a résolu le problème en 1994 par l'institution d'un privilège occulte situé aujourd'hui à l'article 2374, 1° bis du Code civil². La dispense d'inscription permet au syndicat des copropriétaires de primer les titulaires du privilège du vendeur d'immeuble et du prêteur de deniers pour les sommes dues au titre des charges et travaux de l'année courante et des deux dernières années, ce qui se comprend bien dans la mesure où l'on peut assimiler le syndicat, dans une telle hypothèse, à un conservateur. Dès lors, quel est l'intérêt du maintien de l'hypothèque légale, d'autant plus que l'ordonnance du 30 octobre 2019 a largement étendu le champ d'application du privilège immobilier spécial³ ? La supprimer ne rendrait pas le recouvrement des créances du syndicat plus difficile.

- Le privilège de l'article 2332, 7° du Code civil, bénéficiant aux créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leur fonction : on

¹ H. Calfan, « Les risques d'impayé dans la copropriété », *Gaz. Pal.* 29 oct. 1983, n° 13, p. 437.

² La dispense de publicité n'est pas excessivement gênante lorsque la situation qui donne naissance à la sûreté légale est notoire. Cette idée a déjà été évoquée par Bigot-Préameneu, v. P.-A. Fenet, *op. cit.*, pp. 244-245 : « *Le motif pour lequel on veut exiger l'inscription est l'intérêt des créanciers postérieurs. C'est, à l'égard des hypothèques légales, une formalité inutile. L'état de femme mariée n'est-il pas rendu complètement notoire par les solennités qui l'accompagnent et par la cohabitation des époux ? La qualité de tuteur, celle de comptable, ne sont-elles pas publiques ? Il ne résulte donc, pour les autres créanciers, aucun avantage réel de cette inscription ; et c'est de cette vaine formalité que l'on veut faire dépendre le sort des femmes, des mineurs, et le recouvrement des deniers publics* ». La copropriété n'est-elle pas tout aussi notoire ?

³ V. *supra*, n° 933 et s.

comprend aisément l'intérêt que ce privilège pouvait présenter en 1804. Les administrés n'étaient évidemment pas en mesure de demander la constitution de garanties aux fonctionnaires publics. Ce privilège était la condition *sine qua non* du remboursement des victimes d'actes répréhensibles commis par des membres de l'Administration. Aujourd'hui, ce privilège a perdu toute son utilité en raison du développement de l'obligation, pour tous les officiers publics, de souscrire une police d'assurance de responsabilité professionnelle et pour garantir la restitution des valeurs appartenant à des tiers et détenues par eux¹. La solvabilité absolue de l'assureur permet désormais de garantir efficacement les victimes d'abus causés par des fonctionnaires publics, ce qui rend superflu le maintien de la sûreté légale.

- Le privilège de la victime d'un accident sur l'indemnité due par l'assureur de responsabilité du responsable, posé à l'article 2332, 8° du Code civil : ce simple droit de préférence conféré à la victime d'un accident ne peut avoir d'intérêt que si la loi ne lui reconnaît pas, par ailleurs, un droit plus vigoureux. Or, précisément, par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 juin 1926², puis par la loi³, une action directe a été reconnue à la victime contre l'assureur de responsabilité de l'assuré reconnu responsable. L'affectation exclusive de la créance réalisée par l'action directe sera nécessairement mise en œuvre par la victime, et non l'affectation préférentielle résultant du privilège. On peut alors affirmer, sans risque de se tromper, que l'action directe « *condamne à l'obsolescence* »⁴ le privilège, et qu'il pourrait ainsi être abrogé sans que la protection de la victime ne s'en ressente.

963. Mise en œuvre du principe d'utilité. L'avant-projet de réforme porté par l'Association Henri Capitant applique, sans le dire, le principe d'utilité. C'est ainsi qu'il propose la suppression de plusieurs privilèges jugés « *obsoletés ou inutiles* »⁵. Il nous semble

¹ V., entre autres, les art. 11 et 12 du décret n° 55-604 du 20 mai 1955 relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice et l'art. 27 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1970 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

² Civ., 14 juin 1926, D. 1927. 1. 57 : « *la victime de l'accident trouve dans le droit propre qui lui est ainsi conféré par la loi la source d'une action directe lui permettant de mettre en cause l'assureur en même temps que l'assuré [...] l'obligation imposée à l'assureur de conserver cette somme dans l'intérêt de la personne lésée a pour conséquence nécessaire de permettre à celle-ci d'en réclamer directement le paiement* ».

³ Art. L. 124-3 C. ass.

⁴ Ph. Simler, « Privilèges mobiliers », fasc. précité, n° 78.

⁵ V. le commentaire inscrit sous l'art. 2332 de l'avant-projet. Seraient ainsi supprimés, entre autres, le privilège de l'aubergiste, le privilège attaché aux créances résultant d'abus et prévarications de la part des fonctionnaires publics, etc.

effectivement que bien des privilèges pourraient être abrogés sur le fondement de leur manque d'efficience :

- C'est d'abord le cas pour le privilège immobilier spécial des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers cité à l'article 2374, 4° du Code civil. Son inadéquation aux nécessités du crédit a été plus d'une fois prouvée. Ses formalités d'inscription, indispensables à la rétroactivité si protectrice des intérêts de son titulaire, nécessitent l'établissement de deux procès-verbaux par un expert¹. C'est surtout la modicité de la créance garantie, qui ne comprend que la plus-value directement apportée à l'immeuble par l'accomplissement des travaux, qui ne permet pas de protéger efficacement le créancier. Cela se comprend : le privilège n'a jamais été vu comme un moyen de financement des opérations de construction, mais comme une règle équitable empêchant les autres créanciers du débiteur de s'approprier la plus-value qui résulte des travaux, tout en laissant impayé celui qui les a réalisés. Dès lors, l'on comprend aisément que les professionnels de la construction aient préféré recourir à l'hypothèque conventionnelle sur le terrain nu et libre de toute charge, la sûreté s'étendant aux constructions édifiées sur le terrain et garantissant l'intégralité de la créance². Ce privilège, dont l'inutilité a été démontrée, devrait donc être abrogé³.

- Pour la même raison, le privilège mobilier spécial de l'aubergiste – ou de l'hôtelier⁴ – sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge, prévu par l'article 2332, 5° du Code civil, devrait être supprimé. La faible étendue de son assiette est déjà une preuve de son inutilité, le voyageur se déplaçant rarement, de nos jours, avec des meubles de valeur suffisante pour désintéresser l'hôtelier en cas de départ « à la sauvette ». Mais l'habitude des hôteliers de réclamer au moins un acompte, voire le paiement intégral avant que le client ne

¹ Si l'utilité d'établir et de publier un procès-verbal à la fin des travaux paraît évidente, il n'en va pas de même de celui qui doit l'être avant le commencement des travaux. Il faut savoir que cette première inscription « *avertissait les tiers que les architectes entendaient retenir sur la plus-value future un droit de préférence, qui par conséquent n'entrait dans le patrimoine du propriétaire que sous la déduction du privilège* » (v. A. Teyras, *Privilèges sur les immeubles*, th. pour la licence, Paris, Vinchon, fils et successeur de Mme V^e Ballard, 1854, p. 21).

² Sur tous ces points, v. E. Becqué, n. sous CA Aix, 1^{er} Chambre, 7 novembre 1945, *JCP* 1946. II. 3054, ainsi que P. Hébraud, n. sous CA Paris, 19 mars 1935, *S.* 1937. 2. 193.

³ V., déjà, E. Acolas, *op. cit.*, pp. 687-688 : « *La défense de ce privilège est désertée par tout le monde, et, dans son remarquable rapport, M. de Vatimesnil, demandant la suppression de ce droit d'exception, concluait dans les termes suivants : « Les dispositions du Code civil relatives à ce privilège sont donc, pour ainsi dire, une lettre morte, parce qu'on ne les exécute pas ; et, dans le cas où on les exécuterait, elles deviendraient un embarras »* ».

⁴ C'est ainsi que le qualifie l'art. 2332-3, C. civ., *in fine*.

puisse prendre possession de la chambre, prouve de façon flagrante son obsolescence¹ : si l'hôtelier refuse de faire crédit à son client, c'est tout simplement qu'il n'a pas confiance dans la solidité des garanties légales. Faute de confiance, il n'octroie pas de délai de paiement. Le crédit du voyageur n'étant pas renforcé par le privilège, il convient de le faire disparaître².

- Il faut en faire de même pour les privilèges que les politiques sociales ont rendu désuets. Ainsi, si l'on pouvait comprendre que le Code civil octroie, pour des raisons d'humanité, en 1804, un privilège au profit de ceux qui ont avancé les frais funéraires du débiteur, il n'est plus nécessaire aujourd'hui. Les frais occasionnés par les funérailles d'un indigent sont désormais pris en charge par la collectivité et plus précisément par la commune sur le territoire de laquelle ils sont inhumés³. L'article 2331, 2° du Code civil pourrait donc être rayé d'un trait de plume. Dans le même ordre d'idées, le privilège conféré au 3° du même article à celui qui a avancé les frais de dernière maladie du débiteur a beaucoup perdu de son intérêt grâce au développement de la Sécurité Sociale, des mutuelles, du tiers payant ainsi que par l'octroi d'une action directe aux hôpitaux et hospices à l'encontre de ses débiteurs d'aliments⁴. Ces deux privilèges peuvent donc être abrogés sans heurts, l'Etat-Providence faisant son affaire de ces frais indispensables à la cohésion sociale⁵.

B) La limitation des privilèges au cours de la procédure collective

964. Plan. Au vu de leur importance particulière, tant vis-à-vis de leur ampleur que du rôle considérable qu'ils ont pu jouer dans l'évolution de l'articulation entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives, les privilèges étatiques méritent que leur soient consacrés

¹ En ce sens, J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 760, pp. 164-165 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 3° éd., 2016, n° 276, p. 379.

² Et ce d'autant plus que son droit de rétention lui permet déjà d'être efficacement protégé sur les meubles transportés par le voyageur, v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, n° 1051, p. 749.

³ Art. L. 2223-27, al. 1 du Code Général des Collectivités Territoriales : « *Le service est gratuit pour les personnes dépourvues de ressources suffisantes* ». D'autres raisons, qui relèvent du droit des successions, permettent également de se prononcer en ce sens : d'une part, ces frais sont qualifiés de « charge successorale », ce qui permet au créancier d'agir tant sur le patrimoine successoral que sur le patrimoine de l'héritier ; d'autre part, la jurisprudence de la Cour de cassation oblige l'héritier renonçant à participer au paiement de la dette de frais funéraires, v. V. Brémond, « Privilèges généraux », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2330 et 2331, fasc. unique, oct. 2015, n° 89.

⁴ Art. L. 6145-11 du Code de la Santé Publique, qui fait référence aux art. 205, 206, 207 et 212 C. civ.

⁵ En ce sens, H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.*, n° 151 et s., p. 230 et s. ; Y. Picod, *op. cit.*, n° 261, p. 370.

des développements spécifiques (1). Par la suite, il faudra se poser la question des limites à apporter à l'efficacité des autres garanties légales jouant un rôle cardinal en procédure collective, soit les avances de l'AGS, les privilèges concédés en échange de l'apport d'argent frais et le privilège des créances postérieures élues (2).

1 – La limitation des privilèges étatiques

965. Faut-il supprimer les privilèges du Trésor et de la Sécurité Sociale ? Une fois les titulaires des « privilèges de la procédure » désintéressés, l'article L. 622-17 du Code de commerce impose aux organes de la procédure de payer les créanciers restants « *selon leur rang* ». C'est donc tout naturellement le Trésor Public qui exercera ses droits le premier, l'article 1920 du Code Général des Impôts conférant à son privilège général mobilier un rang supérieur aux privilèges mobiliers du Code civil¹. Pour le dire autrement, le Trésor Public prime tous les autres créanciers sur la partie de l'actif qui demeure après l'exercice des privilèges du Code de commerce et du Code du travail, ce qui laisse peu de chances d'être payés aux titulaires de privilèges du Code civil et de sûretés conventionnelles, sans parler des créanciers chirographaires condamnés à ne rien recevoir. Les caisses de Sécurité Sociale bénéficient d'une faveur moindre pour le recouvrement des cotisations, majorations et pénalités de retard, mais tout de même intéressante : le rang de leur privilège est aligné sur celui des salariés², ce qui leur confère le quatrième rang parmi les privilèges généraux mobiliers du Code civil, qui s'avère en pratique être quasiment le premier rang vu la modicité des créances garanties par les trois privilèges venant en rang supérieur³. Il faut en outre ajouter à l'équation leurs hypothèques légales⁴. Le Trésor Public et les caisses de Sécurité Sociale, « *créanciers gargantuesques* »⁵,

¹ Cette primauté est validée par les textes du Code civil, son art. 2332-2 laissant aux textes du CGI le soin de définir le rang des différents privilèges du Trésor.

² Art. 2332-2 C. civ.

³ En ce domaine, les textes du Code civil devraient s'aligner sur la réalité pratique, l'abrogation des privilèges des frais funéraires et des frais de dernière maladie étant souhaitable, v. *supra*, n° 963. En ce cas, le privilège des caisses de Sécurité Sociale viendrait au deuxième rang, juste derrière le privilège des frais de justice.

⁴ V. les art. 1929 *ter* CGI et L. 243-4 du Code de la Sécurité Sociale.

⁵ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 701, p. 523. V. également, dans le contexte de la loi du 25 janvier 1985, C. Mouly, « La situation des créanciers antérieurs », in *Le redressement judiciaire de l'entreprise*, *RJ Com.* n° spé. 1987, n° 39, p. 149 : « *Les privilèges du fisc, sans cesse accrus par des cavaliers budgétaires ou au détour de lois obscures, de décrets malicieux, d'arrêtés illicites ou de circulaires rampantes, se sont encore gonflés de multiples avantages dont le moindre n'est pas l'absence de publicité. Plus que les privilèges eux-mêmes, ce sont les créances qui sont à craindre, gonflées par une fiscalité fortement augmentée durant les dernières années. Enfin, les créances des organismes sociaux, si elles n'ont pas le même rang, jouent le même rôle d'aspirateurs de la totalité de l'actif des faillites* ».

« *superstars du droit des faillites* »¹, sont donc tout désignés à la vindicte de leurs concurrents moins bien traités, et ce d'autant plus qu'il a été constaté que la titularité de privilèges efficaces les a conduit à se désintéresser du sort de leurs débiteurs, la certitude du paiement ayant eu pour résultat paradoxal de « laisser filer » leurs dettes en accordant des crédits de manière laxiste, la charge de ces crédits étant en définitive assumée par les créanciers de rang inférieur².

Dès lors, ne convient-il pas d'éliminer le mal à la racine et de supprimer, purement et simplement, les privilèges bénéficiant à l'Etat, afin de permettre aux créanciers privés, qui font réellement crédit à l'entreprise, d'améliorer leurs chances d'être payés ? L'idée est classique en doctrine³ et – ce qui est plus rare – a été mise en œuvre dans certaines législations telles que les droits allemand⁴, anglais⁵ ou australien⁶. Dans ces systèmes juridiques, le recouvrement des créances fiscales se fait à titre chirographaire, c'est-à-dire une fois tous les titulaires de garanties conventionnelles désintéressés. Ce n'est pas affirmer que le Trésor est un créancier tout à fait comme les autres, mais il ne bénéficie pas d'un droit de préférence d'origine légale.

966. On peut toutefois douter que cette solution soit exportable en droit français. Il est bien plus difficile de militer en faveur de la suppression des privilèges du Trésor dans un pays de droit civil que dans un pays de *Common Law*. Le rapport à l'Etat n'est pas le même dans les deux systèmes, l'Etat-Providence jouant un rôle considérable dans les pays appartenant au

¹ B. Monassier et F. Michel, « Les sûretés ne sont plus sûres... », *Dr. et Patr.* avril 2001.

² Sur le privilège des caisses de sécurité sociale, v. P. Durand, « Etranges innovations en droit hypothécaire », *D.* 1952. 1. Bien entendu, il ne faut pas non plus négliger les motifs politiques qui poussent le Trésor et la Sécurité Sociale à ne pas être plus diligents dans le recouvrement de leurs créances. L'Etat redoute terriblement d'apparaître comme le fossoyeur des entreprises en difficulté ou comme celui qui met en œuvre la mécanique du licenciement collectif. Sur tous ces points, v. C. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », art. précité, n° 5, p. 533 et s. ; H. Rossignol, « De l'égalité relative à l'égalité absolue », art. précité, p. 615, col. de gauche ; P. Serlooten, « L'entreprise en difficulté, le Trésor, la Sécurité sociale et les autres », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, spé. p. 499 et s.

³ V. not. l'exposé des motifs de l'avant-projet de réforme des sûretés mobilières du Code civil en droit belge, dirigé par E. Dirix, p. 15 et s., accessible à l'adresse https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/loi_suretes.pdf.

⁴ Sur la suppression de l'intégralité des privilèges en droit allemand des procédures collectives, v. F. Trockels, « Aperçu du nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne », *RPC* 1996, p. 25.

⁵ Etaient invoquées, au soutien de la disparition de ce privilège, la possibilité pour la Couronne de modifier le niveau général d'imposition afin de prévenir le risque de défaillance des entreprises, ainsi que la faculté de répartir la charge du défaut de paiement sur l'ensemble des contribuables, sans que le règlement de la part supportée par chacun ne soit ressenti comme un sacrifice insupportable (V. Finch et D. Milman, *op. cit.*, p. 570).

⁶ Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de cette disparition. Même sans son droit de préférence, le Trésor australien est bien mieux traité qu'un créancier chirographaire, dans la mesure où il dispose d'un certain nombre de prérogatives exceptionnelles qui renforcent considérablement sa situation : des sanctions civiles et pénales peuvent être imposées à l'entreprise qui ne paie pas ses impôts, le liquidateur peut être tenu personnellement de payer les créances fiscales s'il ne réserve pas suffisamment de biens au paiement du Trésor par préférence aux autres chirographaires et, enfin, les dirigeants eux-mêmes peuvent être soumis à des sanctions. C'est dire que, malgré la disparition du privilège *stricto sensu*, le Trésor continue à jouir d'une situation privilégiée... Sur tous ces points, v. J. Duns et J. Glover, « The Taxation priority in Insolvency : An Australian Perspective », *International Insolvency Review*, vol. 14, 2005, spé. p. 179 et s.

premier groupe et le débat, très large, ne pouvant se limiter au domaine des sûretés et des procédures collectives. Les propositions les plus radicales émanent donc généralement d'auteurs de *Common Law*, plus rétifs à l'interventionnisme étatique et favorables à l'assimilation du Trésor Public à un créancier privé¹. De plus, les vertus de cette suppression ne sont pas évidentes. En effet, après avoir réduit *Her Majesty's Revenue and Customs* au rang de créancier chirographaire en 2002, le législateur britannique a changé d'avis, le budget présenté en octobre 2018 prévoyant la restauration du privilège en avril 2020² dans le but de générer des revenus supplémentaires. Il faut trouver un juste milieu entre la qualification de « *dettes sacrées* »³ des créances fiscales et sociales et la volonté de supprimer tous les privilèges du Trésor et de la Sécurité Sociale. Il paraît donc essentiel de limiter l'efficacité des prérogatives de ces créanciers, sans les annihiler totalement, par l'application d'un principe de proportionnalité⁴. On notera dès à présent que ces débats n'ont plus qu'une importance très faible en matière d'impôt sur le revenu des personnes physiques depuis l'introduction du prélèvement à la source le 1^{er} janvier 2019 : le risque d'existence d'un passif fiscal impayé au jour de l'ouverture de la procédure est, par là même, conjuré.

967. La nécessité de limiter les privilèges du Trésor. Ce n'est pourtant pas la voie que poursuit le législateur, qui semble, une fois n'est pas coutume, donner des signes de schizophrénie en matière de privilèges. Il n'est qu'à s'intéresser à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite « loi PACTE » pour le constater : alors que son article 60, I, 2° va dans le sens d'une

¹ Ce qui fait écho à l'affirmation de Cozian, selon laquelle « *ce que l'on appelle Trésor n'est autre chose que l'Etat envisagé sous l'angle financier, l'Etat dans sa fonction de banquier* » (« L'avis à tiers détenteur en matière de privilège du Trésor », *RTD Com.* 1967. 61, n° 1, p. 64).

² V. le budget à l'adresse [https:// assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752202/Budget_2018_red_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752202/Budget_2018_red_web.pdf), p. 51. En raison de la pandémie de coronavirus, la date d'entrée en vigueur du privilège a été reportée à décembre 2020.

³ Selon les termes employés par A.-P. Jaubert dans son exposé des motifs de la loi du 12 novembre 1808 au Corps législatif : « *quant au privilège en soi, pourquoi chercherions-nous à entrer dans le détail des motifs qui l'autorisent ? Dans tous les temps, le privilège du Trésor, pour le recouvrement des contributions directes, a été reconnu. Si quelques lois nouvelles ont gardé le silence sur le mode de son exercice, aucune ne l'a révoqué dans son principe. En effet, les contributions directes sont destinées aux dépenses fixes : elles deviennent dès lors une dette sacrée ; rien ne doit en arrêter le recouvrement. Les tiers ne peuvent s'en plaindre* » (cité par R. Froger, *Le privilège du Trésor en matière de contributions directes*, préf. E. Courtès, Dalloz, 1934, n° 4, pp. 3-4).

⁴ V. *supra*, n° 960. Dans le même sens, dénonçant « *un abus manifeste de privilèges qui, en eux-mêmes, seraient parfaitement justifiés par le caractère d'intérêt public des créances garanties* », R. Houin, « Les privilèges du Trésor et des administrations publiques en matière de faillite », in *Etudes de droit contemporain – Contributions françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de droit comparé*, T. III, Sirey, coll. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1959, p. 66. V. également J. M. Garrido, « The Distributional Question in Insolvency: Comparative Aspects », art. précité, p. 47 : « *It is submitted that it is intrinsically unfair that some states keep playing the insolvency game with all rules in their favour and without any corresponding obligations* ».

simplification du droit des privilèges mobiliers, le décret n° 2019-683 du 28 juin 2019 pris en application de son article 61 relève le seuil de publicité obligatoire des privilèges du Trésor de 15 000 euros de créances impayées à 200 000 euros¹, modification effective depuis le 1^{er} juillet 2019. Les seuils de 10 000, 15 000 et 20 000 euros définis par le Code de la Sécurité Sociale² devraient connaître un rehaussement similaire. Si la première évolution va bien dans le sens d'une efficacité accrue des sûretés conventionnelle, il n'en va pas de même pour la seconde, qui nous paraît totalement anachronique³. Plusieurs moyens peuvent être mis en œuvre afin de renforcer les droits des concurrents du Trésor Public : son obligation de publicité pourrait être renforcée ; une limite temporelle à l'exercice des privilèges pourrait être fixée ; enfin, le rang des privilèges du Trésor pourrait être abaissé⁴.

968. Première limitation : la publicité des privilèges du Trésor. Les débats virulents autour de la publicité des privilèges du Trésor ne datent pas d'hier. Portant sur son principe même avant l'adoption de la loi n° 66-1007 du 28 décembre 1966⁵, ils ont ensuite fait rage à propos des conditions de déclenchement de l'obligation de publier, l'existence de seuils d'impayés n'étant définitivement fixée dans la loi qu'à partir de 2007⁶. Encore faut-il que le seuil soit fixé à une somme raisonnable pour que la publicité soit à même de remplir ses fonctions. La publicité des privilèges du Trésor constitue en effet un rouage indispensable à la mécanique actuelle du droit des entreprises en difficulté. Si le but de ce droit est le sauvetage du débiteur, alors, il est primordial que les créanciers qui sont enclins à lui consentir un crédit

¹ Le principe de l'existence du seuil est fixé à l'art. 1929 *quater* du CGI, le seuil lui-même se trouvant à l'art. 416 *bis* de l'annexe 3.

² Art. D. 243-3 du Code de la Sécurité Sociale.

³ *Contra*, estimant qu'il faut précisément renforcer l'efficacité des privilèges mobiliers du Trésor en supprimant toute obligation de publicité, L. Andreu et V. Leloup-Thomas, « L'efficacité des sûretés réelles des créanciers publics », *RPC* juill.-août 2019, dossier 34, n° 23.

⁴

Ce programme avait déjà été exposé par J. Foyer, « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », in *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Etudes à la mémoire du Doyen Pierre Azard*, Cujas, 1980, n° 15, p. 64 : « s'impose une révision drastique du nombre des privilèges généraux, des créances qu'ils garantissent, de leur régime et de leur mode de conservation. C'est sans doute la pierre de touche de toute réforme et la mesure de prévention, ou de dépi stage, la plus efficace ».

⁵ Sur laquelle, v. M. Cozian, « La publicité du privilège du Trésor en matière fiscale », *JCP* 1968. I. 2199, n° 4, favorable à une appréciation nuancée de la situation : « les créances fiscales sont d'intérêt général, car elles sont indispensables au fonctionnement des services publics ; il est légitime qu'elles soient garanties par un privilège de bon rang. Ceci n'empêche nullement que ce privilège fiscal, qui est de tous les temps et de tous les lieux, doive s'exercer de telle façon qu'il ne ruine pas le crédit des contribuables et qu'il ne lèse pas les intérêts respectables de leurs créanciers chirographaires ou même privilégiés. Une formule de compromis doit être ménagée ».

⁶ Sur cette évolution, v. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10^e éd., 2018, n° 652.111, pp. 2232-2233.

en ayant pleinement conscience de ses difficultés puissent déterminer exactement l'étendue des troubles subis. Or, le montant du passif fiscal et social impayé est régulièrement cité comme un indice extrêmement fiable de l'intensité des problèmes à surmonter et des chances de redressement de l'entreprise, ces dettes étant souvent impayées en premier afin de permettre à l'entreprise aux abois de continuer à régler ses fournisseurs et ainsi de poursuivre son exploitation¹.

969. La fixation de seuils paraît particulièrement judicieuse, dans la mesure où l'obligation généralisée d'inscrire la créance fiscale dès le premier euro impayé semble être excessivement coûteuse et génératrice d'obligations administratives dont le Trésor Public peut aisément se passer. Il est toutefois vrai que la fixation du même seuil pour toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, n'est pas adaptée. On pourrait imaginer fixer un seuil assez bas pour les petites et moyennes entreprises et un autre, bien plus élevé, pour les grandes entreprises². Il est également possible de concevoir un seuil exprimé en pourcentages du chiffre d'affaires réalisé l'année précédente, information indiquée dans les déclarations fiscales des entreprises. Il est en tout cas évident qu'un seuil de 200 000 euros est tout à fait inefficace, dans la mesure où cette somme est considérable pour nombre de petites et moyennes entreprises³. En droit positif, un prêteur pourrait donc ne pas être informé de l'existence d'un passif fiscal de 190 000 euros à la charge du débiteur auquel il fait crédit. Dans une telle hypothèse, le crédit apporté par un tiers ne bénéficie pas à l'entreprise, déjà irrémédiablement condamnée, mais bien davantage au Trésor Public lui-même.

970. Il faudrait donc en revenir à une appréciation plus réaliste des droits du Trésor : il n'est certes pas un créancier comme les autres, mais cela n'empêche pas de le soumettre, dans

¹ V., classiquement, P. Serlooten, « L'entreprise en difficulté, le Trésor, la Sécurité sociale et les autres », art. précité, p. 499 ; la même réflexion se retrouve au cœur des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde, v. J.-J. Hyest, Rapport au Sénat, n° 335, p. 544.

² Celles qui sont visées par la procédure de consultation des créanciers en comités, v. l'art. R. 626-52 C. com., qui fait référence aux seuils de 150 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires.

³ J.-J. Hyest, Rapport précité, p. 545, à propos du seuil de 12 000 euros de passif fiscal impayé : « *Le seuil pourra sembler dérisoire pour une grande entreprise, alors qu'il se révélera au contraire beaucoup trop élevé pour une petite entreprise. Actuellement, une petite entreprise qui connaît déjà des impayés de plus de 12.000 euros en matière fiscale est souvent en bien mauvaise posture financière* ».

une certaine mesure, aux règles de la discipline collective¹. Il bénéficie déjà d'un avantage exceptionnel, la possibilité de publier son privilège, dans certaines situations, après la publication du jugement d'ouverture d'une procédure collective², ainsi que d'un bon rang. Il ne semble pas excessivement sévère de le forcer à déclarer ses créances et à publier ses sûretés afin de tenir informés les partenaires de l'entreprise en difficulté de la véritable situation du débiteur³. La fixation du seuil de publication à 200 000 euros est assimilable à un dol par réticence autorisé par la loi, le législateur permettant au Trésor de retenir une information essentielle pour les cocontractants de l'entreprise en difficulté dans l'optique de les pousser à lui octroyer du crédit après l'ouverture d'une procédure collective. Il est même possible que l'effet pervers du rehaussement du seuil soit de décourager les apporteurs potentiels de nouveaux fonds, en raison de l'incertitude pesant sur l'état des finances du débiteur. La transparence aurait donc ici des vertus indispensables à l'accomplissement des fins du droit des procédures collectives. Mais ce n'est pas tout. Comme il l'a déjà été remarqué, la publicité n'est « *pas une panacée. [Elle] n'a pas la vertu de dégonfler l'ampleur des arriérés* »⁴. La limitation des effets des privilèges du Trésor doit ainsi s'orienter dans une autre direction : après l'adoption d'une publicité adaptée à l'accomplissement de l'objectif d'information des tiers, il faut encore réfléchir à la diminution du volume des créances garanties⁵.

971. Deuxième limitation : la réduction du périmètre des privilèges du Trésor. Il faut remarquer que le nombre de créances privilégiées est immense, tant et si bien qu'il en est devenu incalculable⁶. Dès lors, la solution immédiate ne peut pas se trouver dans la suppression d'un

¹ V., déjà, J. Hamel, « Les nouveaux privilèges du Trésor et le rang du Trésor par rapport aux créanciers gagistes », *RTD Civ.* 1936. 363, p. 370 et s. : « *Il est fort regrettable que les privilèges du Trésor ne respectent pas toujours ce principe. Même en admettant que le Trésor ne soit pas un créancier soumis aux règles du droit civil – et nous l'admettons –, il est fort dangereux que son droit porte atteinte à cette règle de publicité des privilèges qui relève non pas tant du droit civil que de la science économique ; et c'est là un domaine où le Trésor, pas plus que les particuliers, ne peut se permettre de déroger à des lois qui sont des règles impératives de la vie sociale* ».

² Art. L. 622-30, al. 2 C. com.

³ La sanction du défaut de publicité consistant, comme pour les créanciers « ordinaires », en l'inopposabilité du privilège à la procédure et donc au traitement du Trésor Public comme un simple créancier chirographaire.

⁴ M. Cozian, « La publicité du privilège du Trésor en matière fiscale », art. précité, n° 96.

⁵ V., déjà, J. Hamel, « Les nouveaux privilèges du Trésor et le rang du Trésor par rapport aux créanciers gagistes », art. précité, p. 388 : « *Si le privilège du Trésor devait, semblable à une vague venue des profondeurs de la mer, engloutir toutes les sûretés réelles, le crédit des particuliers serait lourdement frappé. Qu'il reste encore aux contribuables un moyen d'obtenir un crédit qui ne leur coûte pas trop cher !* », ou encore R. Houin, « Les privilèges du Trésor et des administrations publiques en matière de faillite », art. précité, p. 70 : « *Des réformes restent [...] à faire. Elles devraient porter d'abord sur le montant des sommes garanties qui devrait encore être réduit ; elles devraient aussi porter sur la publicité des privilèges qui devrait être généralisée à peine d'inopposabilité aux tiers, spécialement à la faillite* ».

⁶ Sur l'impossibilité pour le Trésor Public d'énumérer ses privilèges dans une liste exhaustive, v. *JOAN* 25 janv. 1953, réponse à la question écrite n° 5397, p. 353.

ou plusieurs privilèges, ce qui apparaîtrait dérisoire au vu de l'ampleur prise par le passif privilégié. Un audit des privilèges du Trésor est indispensable afin de vérifier leur utilité et leur nécessité, mais seulement dans un second temps. Il faut d'abord s'atteler à réduire l'excès en fixant une limite temporelle au-delà de laquelle les sommes impayées ne bénéficient plus d'aucune garantie. D'anciennes propositions en ce sens se focalisaient sur la limitation de la durée d'inscription des privilèges du Trésor¹, à l'exemple de ce qui se produit en matière d'hypothèque légale des organismes de Sécurité Sociale, qui ne peut être inscrite qu'une fois, pour une durée de deux ans et six mois, non renouvelable².

972. Il nous semble toutefois qu'il ne s'agit pas de la solution idoine, une technique bien plus simple pouvant être mise en œuvre. On pourrait tout à fait imaginer limiter la durée de vie des privilèges du Trésor à deux ans à compter de l'exigibilité de l'impôt, l'impérativité du paiement de ces sommes devant justifier un recouvrement extrêmement rapide³. De la sorte, il serait impossible que les administrations publiques maintiennent artificiellement en vie les entreprises si mal en point qu'elles ne peuvent plus payer leurs charges fiscales et sociales⁴. La proposition n'est pas incongrue : ce délai de deux ans était retenu en matière d'impôts directs et de taxes assimilées jusqu'en 1985, date à laquelle ce délai butoir a été supprimé afin de faire survivre le privilège aussi longtemps que les sommes garanties sont dues par les contribuables⁵.

¹ V. P. Fangain, « La réforme du droit de la faillite », *Gaz. Pal.* 9 oct. 1976, II, p. 580, ainsi que P. Serlooten, « L'entreprise en difficulté, le Trésor, la Sécurité sociale et les autres », art. précité, p. 506 et s. Il s'agirait là d'un retour aux sources, dans la mesure où la loi du 12 novembre 1808 procédait déjà de la sorte, son exposé des motifs laissant transparaître le souci de limiter le passif fiscal pour ne pas nuire trop fortement aux autres créanciers : « *personne n'ignore que les contributions directes doivent être payées : c'est aussi un axiome vulgaire que la contribution passe avant tout. Mais du moins est-il juste que la durée de ce privilège ne puisse entraver les transactions. C'est d'après cette grande considération d'ordre public que le projet limite généralement l'exercice du privilège à l'année courante et à l'année échue* » (cité par R. Froger, th. précitée, n° 4, p. 4).

² Art. L. 243-5, al. 4 du Code de la Sécurité Sociale.

³ Dans le même ordre d'idées, Z. Zerbo, th. précitée, n° 73, p. 68 : « *il n'y a pas véritablement d'obstacle à la généralisation de cette limitation dans le temps, puisque si le créancier à qui un privilège a été octroyé laisse s'accumuler ses créances, c'est que le recouvrement prioritaire ne se justifie pas vraiment. Pourquoi le privilège ne serait-il pas une « denrée périssable » ?* ». Cette solution était retenue auparavant en matière de privilèges garantissant le recouvrement des taxes sur le chiffre d'affaires et assimilées, v. l'art. 1926, al. 1 CGI dans sa rédaction antérieure à la loi de finances du 31 décembre 1981. Cette limitation s'étendait au cas d'ouverture d'une procédure collective, v. l'alinéa 3 du même article. C'est d'ailleurs également la solution retenue pour limiter l'effectivité du privilège du bailleur, seules les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure étant garanties (art. L. 622-16, al. 1 C. com.).

⁴ En prônant l'affaiblissement des privilèges du Trésor et de la Sécurité Sociale, on s'expose toujours à la critique qui consiste à affirmer que, dans ce cas de figure, l'Etat se montrera moins généreux à l'avenir avec les entreprises en difficulté et demandera plus rapidement le paiement de ses créances. Il ne nous semble pas qu'il s'agisse là d'une mauvaise chose : pourquoi faudrait-il l'inciter à faire crédit avec l'argent des autres ?

⁵ En effet, l'art. 1920 CGI, dans sa rédaction initiale, indiquait que « *Le privilège du Trésor en matière de contributions directes et taxes assimilées s'exerce avant tout autre pendant une période de deux ans, comptée dans tous les cas à dater de la mise en recouvrement du rôle, sur les meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables en quelque lieu qu'ils se trouvent* ». Sa rédaction a été modifiée par la loi n° 84-1208 du 29 décembre 1984 de finances pour 1985.

Une dissociation de la durée du privilège et de la durée de vie des créances fiscales inciterait sans aucun doute à plus de diligence dans le recouvrement. Enfin, la perte subie par le Trésor ne serait pas telle qu'elle devrait inciter à la réflexion : il est établi de longue date qu'en laissant augmenter démesurément le passif de ses débiteurs, le Trésor Public ne recouvre *in fine* qu'un pourcentage infime des sommes en souffrance¹. L'efficacité dans la gestion des affaires publiques réclame donc une réduction dans la durée des prérogatives du Trésor². Ainsi, en subordonnant l'opposabilité des privilèges du Trésor à une inscription dès qu'un seuil d'impayé assez bas est atteint, et en limitant leur étendue en tout état de cause aux sommes dues sur deux ans à compter de la date d'exigibilité du paiement, l'on parvient à édifier un système plus équilibré, bien plus respectueux des droits des fournisseurs et plus apte à soutenir le redressement des entreprises en difficulté. Le passif fiscal grevant les finances du débiteur à l'ouverture de la procédure collective présenterait nécessairement une ampleur moindre. Mais il est possible d'aller encore plus loin.

973. Troisième limitation : le déclassement des privilèges du Trésor. Dans la mesure où le Trésor Public et la Sécurité Sociale ne peuvent espérer recouvrer les sommes en souffrance que si l'entreprise en difficulté produit des biens ou offre des services, on pourrait également imaginer déclasser leurs privilèges par rapport aux droits des créanciers qui ont accordé des crédits favorisant la production de biens et de services par le débiteur en difficulté, que l'on peut dénommer « les créanciers de la production ». Des exemples particuliers de cette solution existent déjà : l'article L. 525-9 du Code de commerce confère au créancier « nanti » sur du matériel ou de l'outillage un droit de préférence de rang plus élevé que les privilèges de l'Etat³.

¹ H. Rossignol, « De l'égalité relative à l'égalité absolue », art. précité, p. 614 et p. 615, col. de droite, qui, sur 162 dossiers analysés, relève que le Trésor n'a pu récupérer que 15,9% des sommes en souffrance et les URSSAF 4,9%. V. également les chiffres, qui ne sont guère meilleurs, compilés par P. Serlooten, « L'entreprise en difficulté, le Trésor, la Sécurité sociale et les autres », p. 497 et s.

² Cette idée trouve un écho dans la recommandation formulée par l'Assemblée des présidents de Chambres de commerce en novembre 1950, qui « émet[tait] le vœu que le privilège du Trésor ne puisse s'exercer que sur un montant déterminé de créances, soit : 1° Pour les impôts établis annuellement [...], sur le montant des impositions de l'année en cours et de l'année précédant la date du dépôt du bilan, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire ; 2° Pour les autres impôts [...], sur le montant des droits et taxes afférents aux douze derniers mois qui précèdent la date du dépôt du bilan ; Que les amendes fiscales soient exclues du privilège du Trésor » (cité par J. des Rotours, « Les privilèges du Fisc et de la Sécurité Sociale dans la législation française », in *Etudes de droit contemporain – Contributions françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de droit comparé*, T. III, Sirey, coll. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1959, pp. 104-105). V. également la proposition de M. Fanton, favorable à la limitation du montant du privilège aux seules créances exigibles depuis moins de six mois, *RTD Com.* 1963. 666.

³ V. également les art. L. 5114-14 et L. 6122-16 C. transports, donnant la préférence aux hypothèques maritimes et aériennes sur les privilèges du Trésor Public.

On peut également citer la cession de dette prévue à l'article L. 642-12, alinéa 4 du même Code qui permet aux prêteurs ayant avancé des fonds affectés au financement d'un bien pour l'entreprise de se faire payer directement les échéances postérieures du prêt en cas de cession globale de l'entreprise comprenant le bien grevé¹. L'opinion dominante, qui considèrerait jusqu'alors ces règles comme des exceptions justifiées par le haut degré de spécialisation des sûretés considérées, qui ne peuvent naître que pour garantir une créance déterminée², devrait alors évoluer.

974. A l'avenir, dans le but d'augmenter les chances de redressement de l'entreprise et donc d'inciter ses partenaires à lui accorder du crédit, il nous paraît judicieux de consacrer un principe selon lequel tous les « créanciers de la production », sans lesquels l'entreprise produirait moins de biens ou des biens de moindre qualité, devraient primer sur l'Etat, créancier de « fortune faite », qui profite des bons résultats de l'exploitation. Cette catégorie des « créanciers de la production » transcenderait les clivages entre créanciers antérieurs³ et postérieurs : il faudrait avantager les prêteurs qui ont avancé des fonds avant l'ouverture de la procédure pour le financement ou l'amélioration du fonds de commerce ou de l'un quelconque de ses éléments – et inscrit un nantissement sur le fonds de commerce ou l'un quelconque de ses éléments –, et ainsi aligner leur rang sur celui des bénéficiaires des privilèges de conciliation, des créances postérieures élues ou de *post money*⁴. Cette catégorie engloberait donc les créanciers titulaires de sûretés consenties à des fins professionnelles comme les bénéficiaires des privilèges de la procédure collective. N'est-il pas pleinement cohérent de faire triompher les créanciers qui rendent la production possible sur ceux qui se contentent d'en recueillir les fruits⁵ ? En outre, le Trésor Public et la Sécurité Sociale n'auraient pas à se plaindre

¹ Sur ce mécanisme, v. *supra*, n° 736 et s.

² On peut ainsi les qualifier de sûretés « monovalentes », v. M. Dagot, « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP N* 1999. 381, ainsi que la reprise de cette distinction par J.-D. Pellier, « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », *LPA* 24 avril 2014, p. 7 et s., spé. n° 6 et s. Sur cette justification du traitement exceptionnel du créancier « nanti » sur le matériel et l'outillage, v. not. G. Cornu, « La loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, n° 28, p. 474.

³ Pour les créanciers antérieurs, une telle proposition ne manque pas d'intérêt dans la mesure où il est bien connu que l'art. 2327, al. 2 C. civ. ne s'analyse que comme une expression particulière du principe de non-rétroactivité des lois, et non pas comme un principe d'infériorité du privilège du Trésor aux privilèges nés antérieurement, v. J. Devaux, « Privilège fiscal et privilège privé », art. précité, ainsi que Civ., 27 juillet 1925, *Gaz. Pal.* 1925. 2. 565 et Civ., 26 oct. 1926, *DH.* 1926. 548.

⁴ Au sujet de la supériorité des privilèges de la procédure collective sur ceux du Trésor, v. M. Betch, « Privilèges du Trésor Public – Privilèges généraux mobiliers », fasc. précité, n° 163 et s.

⁵ V. déjà, dénonçant les privilèges généraux « qui, par eux-mêmes, ne sont générateurs d'aucun crédit productif », F. Derrida, « Le crédit et le droit des procédures collectives », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, n° 16, p. 83.

si cette faveur pour le crédit permettait à l'entreprise de pouvoir faire face, *in fine*, à l'intégralité de son passif.

975. Le traitement des créances fiscales nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective incite à l'optimisme tant paraît mis en œuvre par la jurisprudence le principe de proportionnalité du privilège. Ainsi, en matière de détermination du périmètre du privilège des créances postérieures méritantes, en application du critère jurisprudentiel selon lequel seules les créances « *inhérentes à l'exercice professionnel* »¹ sont éligibles à l'attribution du privilège, il faut considérer que les créances fiscales dont la naissance est inhérente à la poursuite de l'activité sont privilégiées, tandis que les créances fiscales qui naissent indépendamment de la procédure collective ne le sont pas, à l'exemple de la taxe foncière². De même si la dette fiscale due au titre de l'impôt sur les sociétés est inhérente à la poursuite de l'activité de la société considérée, il n'en va pas de même vis-à-vis de sa société *holding* à laquelle elle est intégrée fiscalement, ce qui aboutit à considérer qu'il s'agit d'une créance postérieure non privilégiée pour cette dernière³. Nul ne contesterait, en revanche, que la taxe sur le chiffre d'affaires de l'entreprise ou la taxe sur la valeur ajoutée puissent continuer à être perçues à l'échéance, et privilégiées en l'absence de fonds suffisants⁴. En effet, ces taxes

¹ Civ. 2^e, 16 septembre 2010, n° 09-16.182. V., favorables à l'interprétation large du critère de nécessité à la poursuite de l'activité de l'entreprise, D. Boustani, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 4, 2015, n° 461 et s., p. 252 et s., ainsi que Ph. Pétel, « Les créanciers postérieurs méritants », *RPC* 2006, p. 142 et s., spé. n° 15 et s., p. 144 et s.

² Com., 14 octobre 2014, *Bull. civ.* IV, n° 148 (n° 13-24555). Il est vrai qu'elle « *naît automatiquement, par le seul effet de la détention de l'immeuble* » (P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 453. 251, p. 1166), ou encore que la taxe foncière « *est un impôt sur le patrimoine et pas sur l'activité ; elle taxe le propriétaire et non l'exploitant, elle frappe le rentier, le nanti, le possédant, pas l'entrepreneur. Peu importe que ce propriétaire immobilier soit également entrepreneur, car ce n'est pas au titre de son activité professionnelle que le règlement de la taxe lui est demandé. C'est en tant que propriétaire qu'il est redevable de cet impôt, lequel ne peut donc être regardé comme étant « inhérent à l'exercice professionnel ».* Entre cette taxe foncière et l'activité exercée, il n'y a aucun lien de nécessité puisque celle-ci pourrait être poursuivie quand bien même l'entrepreneur perdrait la propriété de son immeuble » (F.-X. Lucas, obs. sous Com., 14 octobre 2014, *D.* 2015. 1973).

³ CA Paris, Pôle 5, Chambre 9, 27 février 2020, n° 19/11726.

⁴ Encore semble-t-il nécessaire d'écarter en ce domaine le principe de l'annualité de l'impôt. Il ne faut pas seulement s'attacher à la date du fait générateur de la créance fiscale, mais également diviser cette créance *pro rata temporis* pour ne faire bénéficier que la portion de la créance qui correspond aux sommes dues à compter du jugement d'ouverture du privilège de l'article L. 622-17 C. com., v. D. Boustani, th. précitée, n° 463 et s., p. 253 et s., ainsi que TGI Toulouse, 2 mars 2009, RG n° 09/00067, *Gaz. Pal.* 3 nov. 2009, p. 15, obs. approbatives par L.-C. Henry : « *la créance d'IRPP pour l'année 2006 dont le fait générateur est au 1er janvier 2007 n'est pas née régulièrement pour les besoins de l'activité et ne bénéficie pas du privilège de l'article L. 622-17 du Code de commerce pour la part de son montant se rattachant à la période antérieure au 3 octobre 2006 ; la créance d'IRPP pour l'année 2006 dont le fait générateur est au 1er janvier 2007 est née régulièrement pour les besoins de l'activité et était éligible au privilège de l'article L. 622-17 du Code de commerce mais seulement pour la part de son montant se rattachant à la période postérieure au 3 octobre 2006* ». V. également, en ce sens, C. Cavalier, « Le paiement des créances fiscales dans le droit des procédures collectives », *JCP E* 2015. 1029, n° 19 et A. Lienhard, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 486.

naissent précisément du fait de la poursuite d'activité de l'entreprise. En ce domaine, le Trésor Public est véritablement « *un créancier comme les autres* »¹.

2 – La limitation du domaine des autres privilèges

976. La nécessité de définir strictement le périmètre du superprivilège des salariés.

Les données du problème sont relativement proches en matière de passif salarial. Les salariés ne sont pas des créanciers comme les autres, dans la mesure où les sommes qui leur sont dues au titre de leur rémunération présentent un caractère alimentaire. Devant le constat que le privilège offert par le Code civil ne confère qu'un rang médiocre dans les distributions opérées au cours de la procédure collective, le législateur a multiplié les faveurs légales afin de faciliter le recouvrement de ces sommes indispensables². Les salariés bénéficient d'abord d'un droit au paiement de certaines créances de salaires et de leurs accessoires, ainsi que des indemnités de congés payés et des sommes dues aux façonniers par leurs donneurs d'ordre dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture d'une procédure collective, complété par un « superprivilège » qui occupe toujours le premier rang du concours entre les créanciers de l'entreprise en difficulté³. Cependant, les organes de la procédure disposant rarement de telles sommes immédiatement après son ouverture, le régime de protection a été complété par la création de l'Association pour la Gestion du régime d'assurance des créances des Salariés (AGS) en 1973⁴. Cette institution est appelée à intervenir de manière subsidiaire⁵ afin d'avancer les sommes susmentionnées aux salariés, le recouvrement s'effectuant par la suite en agissant contre l'employeur. L'AGS étant subrogée dans les droits des créanciers qu'elle désintéresse, elle bénéficie du superprivilège des salariés, qui est indispensable à l'équilibre économique de l'institution : aux termes du rapport annuel d'activité 2018/2019, il apparaît que 48% des

¹ C. Saint-Alary-Houin, obs. sous Com., 14 octobre 2014, *Dr. et Patr.* sept. 2015. Comp. P. Ancel, « Les privilèges du Trésor », art. précité, n° 41, p. 30 : « *ce qui est critiquable [...], ce ne sont pas ces droits préférentiels en eux-mêmes, dans la mesure où ils sont justifiés par l'intérêt général. Ce sont les « privilèges » du Trésor, au sens courant du terme, ses prérogatives exorbitantes par rapport aux autres créanciers (même privilégiés)* ».

² En revanche, lorsque le contrat de travail est continué après l'ouverture de la procédure collective, si le salarié n'est pas payé à l'échéance, c'est le privilège des créances postérieures « élues », prévu aux art. L. 622-17 et L. 641-13 C. com. qui s'applique.

³ V. l'art. L. 625-8 C. com. pour le principe du droit au paiement et les art. L. 3253-2 et s. C. trav. pour les sommes visées.

⁴ Loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail.

⁵ Art. L. 3253-20 C. trav.

avances concernent les créances superprivilégiées et que 79,4% des sommes récupérées par l'AGS le sont grâce à la mise en œuvre de ce superprivilège¹.

977. Bien que la mise en œuvre du superprivilège pèse extrêmement lourd sur les finances de l'entreprise, il ne peut être question de le supprimer purement et simplement. La remise en cause du modèle social français, véritablement généreux avec les salariés², ne relève pas d'une discussion concernant les rapports du droit des sûretés et des entreprises en difficulté. En revanche, il est tout à fait pertinent de critiquer la tendance jurisprudentielle qui consiste à faire gonfler démesurément le passif salarial garanti par l'AGS en y incorporant toujours plus de créances. Alors que la loi instituant l'AGS ainsi que le Code du travail ne visaient – à propos du poste de dépenses le plus important³ – que les sommes dues aux salariés « *en exécution du contrat de travail* »⁴, la jurisprudence a décidé d'étendre la protection à toutes les sommes dues « *en relation avec l'exécution du contrat de travail* »⁵, vidant ainsi le texte de sa substance quant à la nécessité d'un lien étroit entre la somme due et l'exécution du contrat. Le législateur a suivi la voie tracée par les juges de la Chambre Sociale, en ne mentionnant plus que « *les sommes dues aux salariés* » à l'article L. 3253-6 du Code du travail. C'est ainsi que doivent être avancés par l'AGS les dommages-intérêts dus aux salariés au titre du préjudice moral subi en raison de l'incertitude sur le maintien de leur emploi⁶, pour défaut de délivrance des bulletins de salaires⁷, pour harcèlement sexuel⁸, en raison du non-paiement par l'employeur des cotisations à une caisse de retraite⁹ ou encore pour réparer le préjudice d'anxiété subi du fait de l'exposition à

¹ Rapport annuel de l'AGS 2018/2019, p. 16 et 20, accessible à l'adresse https://www.ags-garantie-salaires.org/files/ags-theme/ags/Fichiers%202019/Rapport%20d'activite/Rapport_annuel-2018_2019-Les_Chiffres_AGS.pdf.

² L'intervention de l'AGS est plafonnée, en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, à six fois, cinq fois ou quatre fois le plafond mensuel des contributions du régime d'assurance chômage selon que le contrat de travail a été conclu au moins deux ans, entre six mois et deux ans ou moins de six mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. Ces trois plafonds sont respectivement de 79 464 euros, 66 220 euros et 52 976 euros en 2018 (v. l'art. D. 3253-5 C. trav. ainsi que le rapport annuel de l'AGS précité, p. 5). Il faut comparer ces sommes avec l'« allocation-insolvabilité » de droit allemand, limitée aux trois derniers mois de salaire..., v. M. Fromont et J. Knetsch, *Droit privé allemand*, LGDJ, Précis Domat droit privé, 2^e éd., 2017, n° 806, p. 415.

³ On ne traitera pas ici des sommes dues au titre de la rupture du contrat de travail, la jurisprudence sociale n'étant pas trop extensive en ce domaine.

⁴ V. l'art. 1 de la loi du 27 décembre 1973 précitée, ainsi que l'ancien art. L. 143-11-1 C. trav. La Cour de cassation interprétait strictement ce texte à l'origine, v. Soc., 10 juillet 1991, *Bull. civ. V*, n° 351, p. 218 (n° 88-41704) : « *la créance litigieuse, qui ne résultait pas de l'exécution du contrat de travail mais d'une action en responsabilité dirigée contre l'employeur, ne pouvait être couverte par l'assurance* ». V. toutefois, estimant qu'il s'agissait d'une interprétation restrictive, A. Boyer, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, préf. D. Poracchia, PUAM, 2006, n° 226 et s., p. 407 et s.

⁵ Soc., 29 janvier 2003, *Bull. civ. V*, n° 26, p. 23 (n° 00-42630).

⁶ Soc., 10 juillet 2001, *Bull. civ. V*, n° 251, p. 199 (n° 99-43912).

⁷ Soc., 4 décembre 2002, *Bull. civ. V*, n° 368, p. 363 (n° 00-44303).

⁸ Soc., 15 décembre 2004, n° 02-46973.

⁹ Soc., 25 janvier 2005, *Bull. civ. V*, n° 17, p. 14 (n° 03-40195).

l'amiante¹. Cette institution n'a toutefois pas vocation à supporter la charge définitive de ces nouvelles dettes : il faut qu'elle soit en mesure de demander aux organes de la procédure collective le remboursement des sommes avancées aux salariés. A cette fin, l'article L. 3253-16 du Code du travail prévoit la subrogation de l'AGS dans les droits des salariés désintéressés². Encore faut-il définir avec précision quels étaient les droits des salariés en vertu de ces créances avant de pouvoir déterminer les prérogatives que l'AGS pourra exercer grâce à la subrogation.

978. Nature des « nouvelles » créances garanties par l'AGS. Le problème de la détermination de la nature de ces « nouvelles créances » garanties par l'AGS – sont-elles superprivilégiées, simplement privilégiées ou chirographaires ? – trouve sa source dans le manque de précision des textes et le flou attaché à la notion de « salaire » en droit du travail, si bien que l'on a pu affirmer que « *le droit privé, et même plus étroitement le droit civil, font de cette notion une utilisation [...] qui révèle à la fois son polymorphisme et sa complexité à un tel point qu'on se demande parfois si elle n'est pas purement fonctionnelle et dotée de contours impossibles à tracer* »³. Pour mémoire, on rappellera que les articles L. 3253-2 et L. 3253-3 du Code du travail précisent le domaine du superprivilège en indiquant que seules les rémunérations de toutes natures dues pour les soixante derniers jours de travail avant la date d'ouverture de la procédure collective sont garanties, ces sommes étant entendues comme le salaire et ses accessoires⁴, ce qui implique de pouvoir délimiter, au moins de façon approximative, le périmètre des accessoires du salaire⁵. Un consensus relatif apparaît toutefois autour de l'idée que le concept de rémunération, c'est-à-dire l'ensemble des sommes dues au salarié « *en raison de l'emploi de ce dernier* », implique une vision positive des relations entre le salarié et son employeur : il s'agit de l'ensemble des sommes dues en raison de l'exécution

¹ Soc., 25 septembre 2013, *Bull. civ.* V, n° 202 (n° 12-20912).

² Sur les questions posées à l'heure actuelle par ce mécanisme, v. P.-M. Le Corre, « La récupération des avances de l'AGS à l'épreuve des autres créanciers », *RPC* mars-avril 2019, dossier 6.

³ J. Hauser, « La notion de salaire et le droit privé », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, pp. 373-374.

⁴ Sur ce point, le Code du travail se contente d'énumérer des exemples au sein d'une liste non-limitative, ce qui ne peut donc constituer un guide sûr pour l'interprète. Sont ainsi citées l'indemnité compensatrice due au salarié en raison de son licenciement en cas d'impossibilité de reclassement à la suite de son inaptitude consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (art. L. 1226-14 C. trav.), l'indemnité compensatrice de préavis citée à l'art. L. 1234-5 C. trav., l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée (art. L. 1243-8 C. trav.), et enfin l'indemnité de fin de mission de l'art. L. 1252-32 C. trav.

⁵ Il n'est pas nécessaire d'insister outre mesure sur le fait que les indemnités dues par l'employeur en raison de son inexécution d'une obligation liée au contrat de travail ne puissent pas être qualifiées de salaire, tant cette idée heurterait le bon sens.

du contrat et non à l'occasion de son inexécution¹. A ce titre, il est logique que l'on y inclue généralement les primes, gratifications et pourboires². De toute évidence, en vertu du principe d'interprétation stricte des privilèges, il ne paraît pas possible d'inclure dans le champ des créances superprivilégiées tous les dommages-intérêts dus au titre de l'inexécution par l'employeur d'une obligation imposée en raison du contrat de travail. Ces sommes ne sont précisément pas dues en raison de l'exécution du contrat de travail, elles ne constituent pas des compléments de salaire de même nature que le salaire lui-même³, dans la mesure où elles ne sont pas dues en contrepartie de l'exécution du travail, mais de la commission d'une faute par l'employeur⁴.

979. Ces sommes peuvent-elles s'analyser comme des créances privilégiées sur la généralité des meubles et immeubles du débiteur sur le fondement des articles 2331 et 2375 du Code civil⁵ ? La réponse est encore plus rapide : l'énumération réalisée par ces articles est limitative. Outre les rémunérations dues aux salariés, elle comprend certaines indemnités qui réparent des préjudices survenus sans faute de l'employeur, « *contrepartie à la fragilité de l'emploi* »⁶. En tout état de cause, la Cour de cassation veille jalousement à ce que les limites de ce texte ne soient pas franchies, comme en témoigne un arrêt rendu par sa Chambre Sociale le 19 mars 1986, qui refuse d'étendre à l'indemnité de clientèle due aux voyageurs, représentants et placiers le privilège dont bénéficie l'indemnité de licenciement, eu égard à la

¹ En ce sens, v. l'art. L. 3221-3 C. trav., relatif à la notion de rémunération dans le cadre de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes : « *Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ».

² V. G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 30^e éd., 2016, n° 979 et s., p. 1182 et s. ; P. Lokiec *Droit du travail*, PUF, Thémis, 2019 ; S. Ondzé, *La garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur*, th. Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense, 2012, n° 180, pp. 304-305.

³ Contrairement aux indemnités qui sont citées à l'article L. 3253-3 C. trav, qui font partie de ces indemnités qui « *n'ont d'indemnité que le nom et constituent un salaire* » (G. Lyon-Caen, *Traité de droit du travail*, T. 2, *Les salaires*, Dalloz, 1967, n° 177, p. 192).

⁴ Dans le même sens, estimant qu'il faut être particulièrement vigilant quant au domaine « *d'une mesure dont l'existence tient à la protection des seules créances salariales vitales* », D. Hennebelle, *Essai sur la notion de salaire*, préf. G. Vacher, PUAM, 2000, n° 388, p. 367. Une autre raison milite en faveur d'une interprétation particulièrement stricte du superprivilège : la règle du paiement prioritaire sur les premiers fonds disponibles rentre frontalement en contradiction avec la volonté législative de sauvetage de l'entreprise en difficulté, v. A. Boyer, th. précitée, n° 162, p. 302, ainsi que C. Saint-Alary-Houin, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* n° spé. déc. 1987, n° 27, p. 646.

⁵ Les avances de l'AGS sont ici traitées comme des créances antérieures afin de bénéficier de ce privilège général, ce qui permet à cet organisme de primer les créanciers hypothécaires, si tant est que les créances dont les salariés étaient titulaires sont bien les créances mentionnées par les textes du Code civil, v. Com., 11 juin 2014, *Bull. civ.* IV, n° 103 (n° 13-17997 et n° 13-18112).

⁶ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 677, p. 503.

différence de nature entre les deux créances¹. L'interprétation amplifiante paraît ainsi défendue aux juridictions amenées à trancher la question de la nature des sommes dues en raison de l'inexécution par l'employeur d'une de ses obligations imposées par le contrat de travail. Il s'agit là de dommages et intérêts alloués pour réparer le préjudice subi par le salarié en raison de la faute commise par son employeur, or, cette créance, qui n'est pas citée par le Code civil et ne possède pas la même nature que les autres créances privilégiées, ne peut donc bénéficier de la même faveur². Cette interprétation a l'avantage de mettre en lumière l'existence de privilèges dans lesquels la dérogation à l'égalité entre créanciers est parfaitement proportionnée au but à atteindre. Ce n'est que dans la mesure où les sommes recouvrées représentent effectivement ce qui était dû au travailleur en raison de l'exécution de son emploi que le recouvrement doit être privilégié.

980. L'articulation des garanties du paiement des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur doit être envisagée de façon imagée comme l'addition de cercles concentriques, le cercle au diamètre le plus large étant constitué des créances garanties par l'AGS, c'est-à-dire toutes les créances nées en raison de l'existence d'un contrat de travail, le cercle au diamètre intermédiaire englobant les créances de salaires, ses compléments, ainsi que les indemnités de rupture, toutes ces créances étant garanties par le privilège général du Code civil, et enfin le troisième cercle, au diamètre le plus restreint, étant composé des seules créances superprivilégiées, le salaire des soixante derniers jours ainsi que les indemnités qui épousent sa nature³. Nous n'avons donc pas d'autre choix que de qualifier ces créances de dommages-intérêts de créances chirographaires, ce qui est pour le mieux. Pourrait-on expliquer aux fournisseurs de l'entreprise en difficulté, qui lui font crédit en période de doute, que de telles

¹ Soc., 19 mars 1986, *Bull. civ.* V, n° 108, p. 84 (n° 84-16118) : « même si ces deux indemnités ne se cumulent pas, l'indemnité de clientèle instituée par l'article L. 751-9, alinéa 1er, du Code du travail, qui a pour objet de réparer le préjudice que cause au représentant pour l'avenir la perte de clientèle apportée, créée ou développée par lui, n'est pas de même nature que l'indemnité de licenciement qui seule est comprise dans l'énumération limitative des articles 2101 et 2104 du Code civil ».

² En ce sens, F. Debord, « Salaire : paiement », *Rép. travail*, juin 2017, n° 179.

³ Sur cette idée de cercles concentriques, v. F. Derrida « Le « super-privilège » des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973. 59, n° 4, p. 60 : « Le super-privilège n'est qu'un prolongement, un renforcement du privilège lui-même car il répond aux mêmes idées et satisfait les mêmes besoins ; ce sont certainement des créances privilégiées qui sont, pour partie, soumises à un régime préférentiel ; le super-privilège se développe donc à l'intérieur du privilège ». V. également P. Lokiec, *op. cit.*, n° 850, p. 825. Comp. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 673, p. 501, assignant un objectif alimentaire au superprivilège alors le « simple » privilège « repose maintenant sur l'idée plus générale selon laquelle, le travail n'étant pas une marchandise, sa rémunération mérite un traitement de faveur qui est la projection sur le terrain pécuniaire de la dignité de la personne humaine et de la protection qui lui est due ». V. enfin, justifiant cet élargissement progressif des créances garanties par la différence de nature entre les privilèges et la garantie de l'AGS, S. Ondzé, th. précitée, n° 18, p. 36.

créances bénéficient d'un rang bien supérieur aux leurs et, qu'ainsi, ils ne peuvent recevoir qu'un paiement partiel ? Que les salariés, et l'AGS qui leur avance des fonds alimentaires, soient superprivilégiés ou privilégiés, cela se comprend bien. En revanche, une telle faveur ne se comprend plus lorsqu'il s'agit de sommes n'ayant aucun caractère alimentaire ni aucun lien avec la rémunération à proprement parler.

981. Mais un autre problème se pose alors : si l'AGS ne peut bénéficier des droits préférentiels des salariés, elle ne peut agir dans la procédure collective qu'à titre chirographaire, ce qui rend inéluctable le défaut de remboursement des sommes avancées. Son équilibre financier est alors remis en cause, notamment eu égard au fait que, depuis plusieurs années, le volume du passif chirographaire est en progression constante¹. Une intervention législative paraît nécessaire pour limiter les sommes garanties par l'AGS à tout ce qui est dû au titre de la rémunération du salarié². Pour l'excédent, qui ne présente aucun caractère alimentaire ni ne constitue la contrepartie de l'exécution du travail, le salarié doit être traité comme un créancier chirographaire, la « qualité » de sa créance étant la même que celle de tout créancier délictuel du débiteur³. Une telle intervention aurait le mérite de rappeler que « *l'AGS n'est pas une compagnie d'assurance mais qu'elle est l'expression de la solidarité des employeurs, formidable et efficace outil de paix sociale [...] Ne détournons pas l'objet de cet organisme, sous n'importe quel prétexte de démagogie sociale, à peu de frais pour les demandeurs et les ordonnateurs de charges nouvelles* »⁴. Dans le cas contraire, l'équilibre financier de l'organisme risque d'être recherché par le biais d'une hausse des cotisations patronales⁵...

¹ Il est ainsi à noter que l'AGS n'a recouvré que 41% (613 millions d'euros) du montant des avances effectuées en 2018 (1,487 milliards d'euros), v. le rapport annuel précité, p. 15 et 17. Comp. avec les chiffres donnés par T. Météyé, « *Quid de l'AGS dans le problème procédures collectives / sûretés réelles ?* », *RPC* juill.-août 2018, dossier 25, estimant que l'AGS ne recouvre que 30% du montant de ses avances.

² En ce sens, P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 693.13, p. 2538 : « *une intervention législative musclée, à défaut d'une interprétation différente de la Chambre Sociale, nous semble s'imposer pour rétablir le nécessaire équilibre entre tous les intérêts antagonistes, pourtant rompu, dans le droit des entreprises en difficulté, la balance penchant exclusivement du côté des salariés, ce qui singularise le droit français par rapport aux autres modèles européens, constituant ainsi un repoussoir à investisseurs, et ne participe évidemment pas à l'attractivité prétendument recherchée du droit français des entreprises en difficulté* ».

³ En un sens similaire, fustigeant une série jurisprudentielle qui « *pervertit la logique qui a présidé à la création de l'AGS* », F.-X. Lucas, « *L'AGS et le droit martyrisés par la Chambre sociale* », *BJS* mars 2009, p. 221, ou encore critiquant des arrêts « *extravagants* », Ph. Pétel, « *Les critères de prise en charge de la garantie AGS : quarante ans d'évolutions* », *BJE* nov. 2014, p. 411 et s., n° 15.

⁴ T. Météyé, « *Garantie AGS : jusqu'où peut-on aller trop loin ?* », *Dr. soc.* 2002. 972. Sur la critique de cette jurisprudence extensive, v. également S. Ondzé, th. précitée, n° 186 et s., p. 322 et s.

⁵ Rapp. L. Ben Cheikh-Vecchioni, « *L'AGS et le remboursement de ses avances* », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 182.

982. Les incertitudes liées à la création d'un privilège de « *post money* ». La tendance à la création de nouveaux privilèges ne se dément pas : bien que la loi PACTE habilite le gouvernement à supprimer certains privilèges, elle l'autorise également à en créer un nouveau, par son article 60, I, 14^o, dans le but « *d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ou bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal* ». L'une des ordonnances prises au cours de la pandémie de coronavirus a introduit cette innovation dans la loi¹. Si l'idée de privilégier les créanciers susceptibles de consentir à prêter de l'argent au débiteur au cours de l'exécution du plan est réclamée avec force en pratique² et possède un caractère séduisant au vu des difficultés rencontrées par les entreprises pour financer leur poursuite d'activité dans ces circonstances, il convient de rester mesuré face à cette innovation en raison du précédent constitué par la création du privilège de *new money*.

983. Alors même que son rang est appréciable³ – en cas d'insuffisance de fonds, son titulaire est payé en troisième position, après les créanciers superprivilégiés et les bénéficiaires du privilège des frais de justice, mais avant les créanciers postérieurs élus de l'article L. 622-17 du Code de commerce –, cette priorité de paiement a été jugée peu attrayante, et ce malgré l'attribution probable d'un droit au paiement des créances garanties par le privilège à l'échéance⁴. Les praticiens en sont ainsi revenus, qui affirment qu'en mettant en œuvre le privilège de la conciliation, il n'y a « *souvent pas grand-chose à récupérer à la fin* »⁵. Selon les termes de la loi, son intérêt ne se manifeste que dans la répartition des fonds issus de la vente des biens grevés de sûretés réelles spéciales, bien que la pratique ait étendu le dispositif pour assurer le paiement prioritaire d'un dividende à ceux qui ont consenti à aider l'entreprise au

¹ V. l'art. 5, IV de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19.

² V., par ex., les propositions de réforme de l'Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives (IFPPC) à l'adresse <https://www.ifppc.fr/ressources/documents/1/656d183-1404-IFPPC-Loi-PACTE.pdf>, p. 12, ainsi que O. Buisine et V. Rousseau, « L'exécution anticipée du plan », *RPC* nov.-déc. 2018, n° 6, étude 28, n° 25 et s.

³ Et que son opposabilité aux tiers n'est pas subordonnée à une inscription sur un registre quelconque, ce qui risque d'induire les autres créanciers en erreur, v. P.-M. Le Corre, « Du privilège occulte de la conciliation », *Gaz. Pal.* 13 oct. 2012, p. 3 et s.

⁴ Les art. L. 626-20, I, 3^o et L. 626-30-2, al. 2 C. com. interdisent ainsi aux organes de la procédure d'imposer des délais et remises aux créanciers titulaires du privilège de *new money*. Les seules restrictions susceptibles de limiter leurs droits dans le cadre d'un plan de restructuration sont donc celles qu'ils ont volontairement acceptées. V. toutefois, estimant qu'il n'est pas certain que ces créanciers bénéficient d'un droit au paiement à l'échéance, C. Favre-Rochex, th. précitée, n° 187, pp. 188-189.

⁵ M. Menjucq, V. de Carrière, B. Desteract et E. Etienne-Martin, « L'activité des entreprises en difficulté en période d'observation », art. précité.

cours de la procédure de conciliation dans le cas de la cession de tout actif du débiteur, grevé de sûretés ou non¹.

984. L'idée du privilège de *post money* part du même bon sentiment que le privilège de *new money* et risque de se heurter aux mêmes obstacles. Les titulaires du « privilège de sauvegarde ou de redressement » ne bénéficient pas d'un droit au paiement de leurs créances à l'échéance, ce qui fragilise leurs chances de remboursement par rapport aux titulaires du superprivilège et du privilège des créances postérieures élues. La question du rang va également se poser avec acuité : si l'on estime que les privilèges de *new money* et *post money* sont fondés sur la même « qualité » – à savoir l'incitation à octroyer un crédit à une entreprise susceptible de régler ses difficultés à moyen terme –, alors leur rang aurait dû être le même². Les créanciers superprivilégiés et les bénéficiaires du privilège des frais de justice auraient donc été classiquement désintéressés avant, mais la création du privilège des producteurs agricoles l'aurait même fait coulisser au quatrième rang, partagé avec les apporteurs de fonds en conciliation. De plus, ce système aurait eu pour inconvénient de dégrader encore le traitement des créanciers postérieurs « élus », qui ont avancé des fonds pour le bon déroulement de la procédure collective³.

985. C'est finalement un système encore plus alambiqué qui a été retenu. Le rang du privilège de sauvegarde ou de redressement s'insère au cœur du classement interne des créances postérieures privilégiées, son titulaire devant être payé après les salariés pour les créances postérieures qui n'ont pas été réglées par l'AGS, mais avant les créanciers ayant fourni une

¹ D. Voinot, « L'efficacité incertaine du privilège de la conciliation », *Banque* avril 2012, p. 34.

² Le rang attribué au privilège de la conciliation n'est d'ailleurs pas exempt de critiques : est-il bien normal que le banquier ayant consenti un prêt dans le cadre de l'accord amiable prime celui qui apporte de l'argent frais au débiteur, en dehors de tout accord, avant l'ouverture de la procédure collective ? De même, le privilège ne risque-t-il pas de dissuader les prêteurs potentiels d'apporter leur secours à l'entreprise en difficulté une fois la procédure ouverte, le privilège des créances postérieures utiles occupant un rang inférieur ? Sur tous ces points, v. A. Brunet, « De l'excessive sollicitude du législateur à l'égard du banquier qui prête à une entreprise en difficulté », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, n° 7 et s., p. 411 et s.

³ Rapp. C. Saint-Alary-Houin, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 14 juin 2007, p. 70 et s., n° 34 : « *Le sort qui leur est fait est le résultat d'une certaine politique législative. Sont véritablement encouragés les créanciers qui font crédit à l'entreprise dans l'accord de conciliation homologué. Le sont moins ceux qui aident l'entreprise soumise à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire* ». Si le classement entre les différents bailleurs de fonds dépend de la date à laquelle ils ont apporté leur aide à l'entreprise en difficulté, le bénéficiaire d'un privilège de *post money* ne devrait-il pas naturellement être positionné à un rang inférieur à celui qu'occupent les créanciers postérieurs privilégiés ? Mais ce rang ne serait-il pas susceptible de les dissuader de fournir leur aide à l'entreprise exécutant le plan ? Les difficultés paraissent insolubles...

prestation au débiteur au cours de la procédure collective ou les titulaires de contrats en cours¹. L'ordonnance du 20 mai 2020 met en effet en place un système d'une complexité rare, dans la mesure où elle ne confère de privilège qu'aux créanciers ayant consenti un apport en trésorerie au débiteur en difficulté au cours de la période d'observation ou de l'exécution du plan de restructuration, bouleversant ainsi la composition de la catégorie des créances postérieures privilégiées. En effet, l'équivalence est rompue entre apporteurs d'argent frais et créanciers exécutant une nouvelle prestation au profit du débiteur après le jugement d'ouverture, la primauté étant reconnue aux premiers sur les seconds. Mais ce n'est pas tout : cette ordonnance subordonne l'octroi du privilège de *post money* à une autorisation du juge-commissaire. L'on devrait donc aboutir au classement suivant : parmi les créances postérieures privilégiées, sont payées en premier les créances de salaire non avancées par l'AGS, en second les apports de trésorerie consentis avec l'accord du juge-commissaire, en troisième les apports en trésorerie consentis sans l'accord du juge-commissaire, les créances résultant de l'exécution d'une prestation pendant le déroulement de la procédure collective et celles qui naissent du fait d'un contrat en cours, l'énumération des articles L. 622-17, III et L. 641-13, III du Code de commerce trouvant ensuite à s'appliquer². Peut-on réellement croire qu'un tel système est de nature à favoriser l'octroi de crédit aux entreprises en difficulté³ ? L'addition d'un nouveau privilège de la procédure ne va vraiment pas dans le sens de la simplification⁴, si nécessaire pourtant à notre

¹ S'agissant d'un privilège autonome, bien que conférant un droit de préférence dont le rang est inséré au sein du classement interne des créances postérieures privilégiées, son régime se sépare sur certains points de celui qui est applicable aux privilèges des art. L. 622-17 et L. 641-13 C. com. Il apparaît, par exemple, que le créancier n'aura pas besoin de porter son privilège de *post money* à la connaissance des organes de la procédure pour le conserver, v. P.-M. Le Corre, « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », art. précité.

² *Ibid.* : « si l'apport de trésorerie n'est pas autorisé par le juge-commissaire, la créance sera éligible à l'article L. 622-17 en tant que créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Mais elle sera alors classée au dernier rang des créances postérieures méritantes ».

³ D'autant plus que le classement des bénéficiaires du privilèges de *post money* les soumet à la primauté du privilège de la conciliation, plus que jamais assimilable à un « fusil à un coup », « autodestructeur, puisque, quand il a vocation à jouer, c'est-à-dire en cas de dépôt de bilan, il empêche toute sauvegarde ou tout redressement judiciaire, il force à la liquidation judiciaire et son assiette disparaît, il est probablement plus destructeur de la valeur que créateur de valeur » (R. Valliot et G. Bremond, « La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges... et moins de privilégiés », art. précité), qui remet en cause les possibilités futures de redressement de l'entreprise en difficulté.

⁴ Comp. O. Buisine et V. Rousseau, « L'exécution anticipée du plan », art. précité, n° 29 : « Il convient néanmoins de mesurer nos propos concernant l'opportunité de l'introduction d'un privilège de *post money* dans le livre VI du Code de commerce. La multiplication du nombre de garanties réelles n'est jamais une bonne chose. Elle nuit à la lisibilité du droit des sûretés et du droit des entreprises en difficulté. L'augmentation du nombre de privilèges de procédure dégrade également le rang des autres créanciers et affecte donc l'efficacité des garanties réelles de rang inférieur. De plus, l'efficacité d'un privilège de *post money* serait limitée par le superprivilège et par le droit de rétention ». V. également Ph. Dupichot, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », art. précité, n° 23, p. 232 et s. : « Un nouveau tour légal de faveur est annoncé, avec un risque accru de déshabiller un peu plus Pierre pour habiller Paul. Qui ne voit cependant qu'à systématiquement préférer le dernier créancier en date – au motif certes légitime qu'il a fait confiance à une entreprise en difficulté –, plutôt que celui qui, antérieur, a financé l'entreprise in bonis ab initio, on s'expose à détraquer un peu plus le crédit, hypothécaire notamment ? ».

droit des procédures collectives. La même remarque peut être formulée à propos de l'extension du champ d'application du privilège des créances postérieures.

986. Les incohérences du traitement des créances postérieures privilégiées. Le créancier postérieur « élu » par l'article L. 622-17 du Code de commerce bénéficie de deux faveurs légales exorbitantes. La première, et sans doute la plus importante puisqu'elle lui permet de primer les créanciers antérieurs en toute hypothèse, est le droit d'obtenir le paiement de sa créance à l'échéance. La seconde, subsidiaire, consiste en l'octroi d'un privilège de quatrième rang dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires ou de cinquième rang dans la procédure de liquidation judiciaire en raison de la revalorisation des prérogatives des créanciers titulaires de sûretés immobilières¹. Initialement considérée comme une priorité², car accordée du simple fait de la naissance de la créance postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, cette prérogative est devenue un véritable privilège avec l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde qui a lié le traitement privilégié à un critère téléologique³ : seules les créances résultant d'une aide à l'entreprise en difficulté au cours de la procédure en bénéficiaient.

987. Une difficulté a toutefois surgi à propos des créances résultant de la fourniture d'une prestation pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a inclus ces créances dans le domaine du traitement privilégié des créanciers postérieurs aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce⁴, rompant ainsi le lien entre l'octroi du privilège et la nécessité de la créance pour l'activité professionnelle du débiteur. Ce « *tango argentin* »⁵, difficile à suivre, est la conséquence directe de l'insécurité qui prévalait avant que l'ordonnance de 2008 n'entre en vigueur. Auparavant, les partenaires des débiteurs en difficulté, personnes physiques, faisaient face à une incertitude quant au régime qui leur était applicable. S'ils étaient titulaires d'une créance nécessaire à la poursuite de son

¹ Art. L. 641-13 C. com.

² Com., 5 février 2002, *Bull. civ. IV*, n° 27, p. 27 (n° 98-18018).

³ Ou plutôt « *téléochronologique* », v. P.-M. Le Corre, « Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA* 29 mars 2006, p. 9 et s. Il n'en demeure pas moins que « *conçu comme un privilège des frais de dernière maladie, il a tourné en un privilège des frais funéraires [...] compte tenu de l'incapacité avérée des procédures collectives à assurer le redressement de l'entreprise* » (M. Grimaldi, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 26 juin 1996, n° 19).

⁴ Dans le premier article, c'est la suppression des termes « *pour les besoins de son activité professionnelle* » qui a causé l'extension du champ des créances couvertes par le privilège, alors que dans le second le critère a été ajouté *expressis verbis*.

⁵ P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 453.521, p. 1173.

activité professionnelle, alors, ils bénéficiaient d'un droit au paiement à l'échéance et, à défaut, du privilège. En revanche, s'ils étaient titulaires d'une créance nécessaire à la vie courante du débiteur en difficulté, ils ne bénéficiaient que de la première prérogative, et non du privilège¹. La dissipation de l'insécurité s'est malheureusement réalisée au détriment de la cohérence, des créances qui ne servent en aucun cas la poursuite de l'activité professionnelle du débiteur se voyant ainsi attribuer un privilège capable de les remplir de leurs droits avant que les partenaires de l'entreprise, titulaires de « simples » sûretés réelles conventionnelles, n'obtiennent leur dû. On en revient quasiment à la priorité de paiement de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, toutes les créances résultant d'une prestation fournie au débiteur après le jugement d'ouverture, à quelque titre que ce soit, bénéficiant du privilège.

988. Le risque d'abus a été maintes fois relevé, et notamment en raison du risque de paiement de créances déraisonnables ou même de complaisance entre le chef d'entreprise et son créancier². Il nous semble que toutes les mesures préconisées pour réduire la portée de ce changement, qui nécessitent de « tordre » le sens de textes³, sont insuffisantes pour résoudre l'incohérence posée par l'octroi du privilège à des créanciers n'apportant pas leur secours au maintien de l'activité professionnelle du débiteur. Là encore, il nous semble qu'une intervention législative est nécessaire pour limiter la portée de l'innovation de l'ordonnance de 2008. Il faudrait, d'une part, prendre acte de ce que le privilège octroyé à ceux qui accordent leur concours pour sauver l'entreprise en difficulté n'a pas le même fondement que celui qui bénéficie aux créanciers soutenant le débiteur dans sa vie courante. On pourrait tout à fait imaginer placer les seconds à un rang inférieur à celui des titulaires de sûretés conventionnelles, dans la mesure où, s'il est légitime d'aider le débiteur en difficulté à trouver du crédit, il est encore plus légitime de favoriser les créanciers facilitant la production. Seul le privilège accordé aux créanciers de la première catégorie s'insère parfaitement dans l'architecture du droit contemporain des procédures collectives en tant qu'« *instrument au service du sauvetage de*

¹ *Ibid.*, n° 453.531, p. 1174.

² D. Boustani, th. précitée, n° 183, pp. 99-100 ; P. Le Cannu, « La poursuite d'activité », *Dr. et Patr.* déc. 2009 ; F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009. 651, n° 30 et s.

³ V., par ex., D. Boustani, th. précitée, n° 190 et s., p. 102 et s., qui suggère de ne considérer qu'une créance est née régulièrement que si la répartition des pouvoirs au sein de l'entreprise en difficulté a été respectée et qu'il existe un lien entre la naissance de la créance et l'activité professionnelle du débiteur.

l'entreprise »¹. Les créances nées dans l'unique but de favoriser le maintien de l'activité professionnelle du débiteur doivent bénéficier à titre exclusif de cette faveur². D'autre part, il faudrait limiter l'étendue des créances garanties à ce qui est strictement nécessaire, faisant par là même application du principe de proportionnalité des privilèges. Si l'on veut assurer la subsistance du débiteur malgré l'ouverture de la procédure collective, il faut cantonner le privilège à la fourniture de prestations à caractère alimentaire, qui ont pour but de satisfaire les besoins de la vie courante du débiteur. Le droit des entreprises en difficulté ne doit pas être instrumentalisé par le débiteur dans le but d'effectuer des dépenses somptuaires au détriment des créanciers partenaires de son entreprise : les créances résultant de l'achat d'une voiture de luxe, d'un nouveau téléviseur ou de vacances paradisiaques n'ont pas vocation à être privilégiées, ni à être payées à l'échéance, la diminution du gage commun se réalisant au détriment de tous les autres créanciers, les titulaires du superprivilège en tête³. Les créanciers fournissant ces prestations devraient être traités comme des créanciers postérieurs non-méritants, c'est-à-dire comme des créanciers chirographaires. Ce n'est qu'en limitant les prérogatives excessives accordées aux titulaires de privilèges que l'on peut rendre plus acceptables les sacrifices imposés aux autres créanciers.

989. Conclusion de la section 2. Aux jugements de valeur irraisonnés du législateur, il faut opposer la technique et la politique juridique. Dans la mesure où le principe de l'égalité des créanciers occupe une place éminente dans notre ordre juridique, en ce qu'il permet de limiter le nombre de droits de préférence pouvant porter sur un patrimoine, il est indispensable de lui redonner de la vigueur en « taillant dans le maquis » des innombrables sûretés légales. Pour ce faire, il est proposé de consacrer trois principes directeurs du droit des privilèges. Tout d'abord, un principe de sobriété imposant au législateur de réaliser consciencieusement les études d'impact auxquelles la norme constitutionnelle lui impose de procéder, ce qui impliquerait une parfaite connaissance des conséquences de l'édiction d'un nouveau privilège par toutes les personnes concernées, empêchant ainsi les groupes de pression d'influencer le

¹ D. Boustani, th. précitée, p. 239. V également G. Berthelot, « Les créanciers postérieurs méritants (1^{ère} partie) », *RPC* mai-juin 2011, dossier 35, n° 70 : « *exiger un lien entre la créance et l'activité professionnelle du débiteur permettait tout d'abord de délimiter plus rationnellement le passif privilégié du débiteur personne physique, qui ne saurait objectivement dans le dessein de préserver son entreprise, comprendre des créances telles que les loyers d'un immeuble d'habitation et les taxes y attachées* ».

² V. F. Reille, « Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, p. 38 et s., spé. n° 15.

³ En ce sens, Com., 7 septembre 2010, n° 09-66595.

législateur sans justification impérieuse. Ensuite, un principe de nécessité du privilège, aux termes duquel un nouveau privilège ne peut être créé, ou un ancien privilège maintenu, que si la loi ne confère pas par ailleurs un autre droit facilitant le recouvrement de la créance garantie. Enfin, un principe d'utilité du privilège, qui doit permettre de s'assurer que la sûreté légale remplit correctement l'objectif qui lui a été initialement assigné et que son étendue est bien proportionnée au but recherché. Les privilèges qui ne sont ni nécessaires, ni pleinement utiles, devraient être immédiatement abrogés ou réduits.

L'application de ces critères permet de plaider la cause de la suppression des privilèges de l'accédant, des créances résultant d'abus et de prévarications commises par les fonctionnaires publics dans le cadre de leurs fonctions, de la victime d'un accident, des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, de l'aubergiste, des frais funéraires et de dernière maladie, ainsi que de l'hypothèque légale du syndicat de copropriétaires. Elle permet en outre, dans le domaine des procédures collectives, de proposer des arguments en faveur de la réduction de l'étendue des privilèges du Trésor et de la Sécurité Sociale, du privilège des créances postérieures utiles, du maintien de l'interprétation stricte du superprivilège des salariés et de l'abrogation du privilège de *post money*.

990. Conclusion du chapitre. La notion de privilège est condamnée à demeurer complexe. Il n'est qu'à constater que ce vocable recouvre des situations bien différentes, les privilèges généraux et spéciaux dépourvus de droit de suite, simples droits de préférence, ayant peu en commun avec les privilèges spéciaux munis de droit de suite, véritables sûretés réelles. Toutefois, le vice congénital de notre droit des privilèges se trouve au cœur de l'article 2324 du Code civil et consiste en la définition de cette sûreté par le recours à l'idée de « qualité de la créance ». La première étape vers un droit rénové et plus intelligible doit donc passer par sa suppression et la réécriture de cet article sans y faire référence. On pourrait ainsi y lire que « *le privilège est un droit que la loi donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ». De même, l'article 2325 devrait être modifié, par exemple en disposant que « *Entre les créanciers privilégiés sur les meubles du débiteur, la préférence se règle par le rang légal. Entre les créanciers privilégiés sur les immeubles du débiteur, la préférence se règle par l'ordre d'accomplissement des formalités de publicité* ». Cette nouvelle rédaction aurait le mérite de mettre fin aux faux-semblants : une fois que le droit positif aura pris acte de ce que le

droit des privilèges est avant tout politique, il pourra intégrer des principes de nature à réguler leur croissance déraisonnable.

Leur pullulement a causé bien des torts au droit du crédit : l'on s'est longtemps posé la question de savoir si le droit commun des privilèges devait être défini par référence aux règles applicables aux privilèges immobiliers spéciaux, dont on arrivait d'ailleurs mal à définir la nature en comparaison de l'hypothèque, alors que le classement des droits de préférence légaux est devenu totalement inextricable, tant en droit des procédures collectives qu'en dehors, faute de directives claires et d'un nombre limité de privilèges. La première difficulté va être résolue par la réforme à venir, du moins si l'avant-projet porté par l'Association Henri Capitant devait être adopté en l'état. En effet, le domaine du droit de suite légal serait confiné aux limites expressément posées par le législateur et les privilèges immobiliers spéciaux convertis en hypothèques légales, ce qui simplifiera grandement ce pan du droit du crédit – bien que l'on puisse émettre des réserves à l'idée de transformer l'intégralité de ces privilèges en hypothèques. En revanche, l'édiction d'un classement clair des privilèges demeurera une gageure tant que leur nombre n'aura pas atteint une ampleur plus raisonnable.

Il est alors nécessaire de comprendre que la bataille la plus décisive pour améliorer notre droit des sûretés est celle du dégonflement du passif privilégié. Si tous les biens du débiteur sont grevés de sûretés légales, il se trouve dans l'impossibilité d'octroyer de solides garanties conventionnelles à de potentiels prêteurs, ce qui le prive d'une source importante de crédit. Il est également dans l'intérêt des titulaires de privilèges de réduire la masse des sûretés légales afin de renforcer l'efficacité de leurs droits. Dès lors, plusieurs principes doivent être mis en œuvre afin de procéder aux modifications indispensables. Il faut interdire au législateur d'édicter de nouveaux privilèges sans motiver de façon très précise sa décision, tout en organisant un audit général de l'état de ces sûretés afin d'en supprimer toutes les excroissances, qu'il s'agisse de sûretés qui ne sont pas nécessaires en raison de la situation du créancier ou de sûretés inutiles, soit parce qu'elles ne sont pratiquement jamais utilisées, soit parce qu'elles ne permettent pas d'atteindre l'objectif que le législateur s'était fixé en les faisant naître. C'est ainsi que nombre de privilèges du Code civil, rendus parfaitement obsolètes par l'émergence de la Sécurité Sociale, doivent disparaître. Mais le droit des procédures collectives doit également bénéficier de ce toilettage par la réduction de l'ampleur des privilèges du Trésor et de la Sécurité Sociale essentiellement, afin de permettre l'utilisation des fonds libérés dans

l'optique du redressement de l'entreprise. Il sera temps, ensuite, de se poser la question du classement de la faible quantité des privilèges restant, en fixant un rang à chacun en fonction du mérite que leur attribue le législateur.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME

991. Vers un changement de classification des sûretés mobilières. Il faut d'abord relever que la « sûreté unique » ne saurait constituer la réponse aux maux qui affectent le droit français des sûretés mobilières conventionnelles. Un bref examen des droits américain et québécois a révélé que les droits exclusifs n'obéissent pas nécessairement au même régime que les sûretés préférentielles et, surtout, que la clarification du droit n'est qu'apparente, les spécificités de chaque bien ressurgissant au stade du régime de la sûreté, ce qui aboutit parfois à l'édification d'un véritable dédale dont l'accès est réservé à un faible nombre d'initiés. Par ailleurs, la distinction des sûretés sur meubles corporels et incorporels ne peut faire office de *summa divisio*, essentiellement en raison de la diversité des biens incorporels. Faute de points communs suffisants, au-delà du droit commun applicable à l'intégralité des sûretés conventionnelles, il est impossible de déterminer un droit commun des nantissements. Il faut donc se reporter sur une autre distinction, fondée sur la technique d'affectation en garantie des biens grevés, qui opposerait ainsi sûretés hypothécaires et sûretés non-hypothécaires.

992. Rationalisation des sûretés hypothécaires. Les sûretés hypothécaires ont en commun de porter sur des biens « enregistrés », donc soumis à un système de publicité complet, recensant l'intégralité des droits ayant pour objet lesdits biens. La suppression de l'article 2398 du Code civil, prohibant les hypothèques mobilières, serait alors un pas en direction de la clarification du droit des sûretés mobilières. Elle permettrait ainsi de prendre conscience de l'existence d'une catégorie de sûretés portant sur des meubles et conférant un droit de suite « illimité », investissant son titulaire du droit de suivre le bien en quelques mains qu'il passe, afin de se faire payer par le tiers acquéreur si le débiteur d'origine ne s'acquitte pas de sa dette. S'agissant, dans la plupart des hypothèses, de sûretés portant sur des biens dynamiques, dont la valeur dépend de l'exploitation qui en est faite, leur régime devrait refléter cette spécificité : l'obligation de conservation qui incombe au constituant consiste bien souvent en une obligation d'exploitation du bien grevé, et il faudrait tirer parti de cette originalité afin de consacrer un mode de réalisation spécifique aux bénéficiaires de ces sûretés, la location forcée. Le créancier hypothécaire pourrait, s'il le désire, exploiter lui-même le bien ou en déléguer l'exploitation à un tiers, capable de mieux gérer le bien frugifère que ne l'a fait le constituant.

993. Rationalisation des sûretés non-hypothécaires. Viennent ensuite les sûretés non-hypothécaires, ne conférant pas de droit de suite illimité faute de système de publicité complet. La distinction des sûretés sur meubles corporels et incorporels présente, à ce stade, une dimension pédagogique indéniable, les deux sous-catégories présentant chacune des problématiques qui leurs sont propres. Les sûretés non-hypothécaires sur meubles incorporels – monnaie et créances – souffrent ainsi d'une confusion avec les sûretés du droit financier. Ces dernières, visant à prévenir le risque systémique, bénéficient de conditions de formation et d'opposabilité extrêmement simplifiées, et surtout d'une immunité aux règles du Livre VI du Code de commerce. Le législateur, toujours empli de sollicitude vis-à-vis des établissements de crédit, étend doucement mais sûrement cette immunité aux sûretés sur actifs financiers, hors du droit financier *stricto sensu*. Il faut impérativement renverser le cours de cette évolution, sous peine de contribuer encore davantage à l'extension du domaine de l'exclusivité, au contournement du classement légal des droits de préférence, ainsi qu'à l'impossibilité de parvenir aux fins poursuivies par le droit des procédures collectives.

994. Les sûretés non-hypothécaires sur meubles corporels, quant à elles, souffrent d'un autre mal. Alors que tous les gages sans dépossession ont été institués à la fin du XIX^e et au cours du XX^e siècle afin que les constituants n'aient pas à souffrir de l'exigence de dépossession du gage de droit commun, la modernisation de cette figure par l'ordonnance du 23 mars 2006 aurait dû conduire à une remise en ordre des différentes sûretés sur meubles corporels. Il n'en a rien été. La clé de la rationalisation nous semble ici de prendre appui sur les régimes spéciaux, sur certains points bien plus performants que le régime général du Code civil, afin de transformer cette figure et d'instituer un gage unique. Redorer le blason du gage ne serait pas excessivement difficile : il s'agirait essentiellement d'éliminer les divers droits de rétention fictifs, qui ne sont que des privilèges de premier rang camouflés, et de revaloriser en contrepartie le droit de préférence conféré au gage constitué à des fins professionnels. Cette prérogative ramenée à sa juste place, il faudrait ensuite toiler le droit des privilèges.

995. Désordre du droit des privilèges. Le désordre du droit des privilèges ne saurait surprendre. Sous un même vocable sont rassemblées des garanties très dissemblables : les privilèges conférant un droit de suite sont de véritables sûretés réelles, fonctionnant par

l'affectation d'un bien à la garantie du paiement préférentiel d'une créance, alors que les privilèges dépourvus de droit de suite ne sont que des droits préférentiels sur la valeur des biens désignés par la loi. L'unité de la catégorie, fondée sur la notion de « qualité de la créance », n'est qu'une illusion : cette locution n'indique pas l'existence d'un trait commun à toutes ces faveurs légales. Elle dissimule seulement le fait que le législateur discrimine arbitrairement, parmi tous les créanciers, entre ceux qui méritent une protection automatique au sein du concours et ceux qui doivent la négocier avec leurs débiteurs. Il n'est pas avare de ses privilèges, cédant régulièrement devant l'insistance des groupes de pression, tant et si bien que le classement en devient quasiment impossible, tant lorsque le constituant se trouve *in bonis* que lorsqu'une procédure collective est ouverte à son encontre. La situation est alors intenable, aucun créancier ne pouvant déterminer avec certitude son rang dans le classement, ce qui motive, encore une fois, le report des fournisseurs de crédit sur les droits exclusifs.

996. Remise en ordre du droit des privilèges. Il est donc urgent de remettre en ordre le droit des privilèges. L'édiction de quelques règles contraignantes suffirait à résorber les excès du droit positif : la sobriété législative, l'efficacité et la nécessité du privilège pourraient constituer les principes directeurs du droit de demain, interdisant ainsi l'institution de nouveaux privilèges qui ne soient pas indispensables, entraînant la disparition de tous ceux qui sont inutiles, soit obsolètes, soit rendus inefficaces par l'existence d'une autre faveur légale au profit du même créancier, et la réduction de ceux dont l'ampleur est excessive. Le privilège devrait ainsi être strictement proportionné au but poursuivi, ce qui implique un remaniement du droit des privilèges au sein des procédures collectives. Les faveurs accordées au Trésor Public et à la Sécurité Sociale devraient ainsi être limitées dans le temps et voir leur rang rabaissé par rapport aux créanciers aidant véritablement l'entreprise à mettre un terme à ses difficultés. L'observation vaut également à propos des créances postérieures privilégiées, dont le domaine est trop large par rapport au but poursuivi. Dans un domaine voisin, Il faudrait cesser de faire supporter aux finances de l'AGS un nombre sans cesse croissant d'avances à effectuer, certaines n'ayant que peu à voir avec le salaire dû aux travailleurs, et donc avec les objectifs poursuivis par le législateur en instituant cette association.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

997. Vers un droit commun unitaire. Dans un monde idéal, les sûretés réelles seraient soumises à un droit commun qui refléterait l'unité du concept étudié. Ce droit commun existe en germe lorsque le débiteur peut faire face à ses dettes. En effet, quelle que soit la sûreté considérée – et même assez largement en ce qui concerne les droits de propriété réservée – les différentes garanties obéissent déjà toutes à des règles semblables. Pour citer les principes les plus importants, les garanties réelles laissent toutes une large part à la liberté du créancier vis-à-vis du constituant lors de la période de constitution de la sûreté, alors que ses rapports avec les tiers sont bien davantage encadrés, tant par le principe du *numerus clausus* que de l'automatisme des règles de publicité légale. Par la suite, le créancier est idéalement protégé par la mise en place de mécanismes visant à maintenir l'assiette de la sûreté dans l'intervalle séparant sa constitution de la date d'échéance de la créance garantie, tandis que les règles de la responsabilité civile et pénale viennent en renfort lorsque le droit du créancier a été irrémédiablement diminué. Enfin, au stade de la réalisation, l'on trouve un principe d'option entre la vente forcée du bien grevé et son attribution en propriété au créancier, sachant que cette deuxième branche de l'alternative ne permet jamais de sacrifier les intérêts de titulaires de droits de suite inscrits préalablement. Les titulaires de droits de propriété réservée connaissent un traitement légèrement différent à ce stade, mais la réalisation de leurs garanties suppose toujours de respecter le principe d'absence d'enrichissement du créancier.

998. Un long chemin reste cependant à parcourir en matière de procédures collectives. Les droits exclusifs dérogent sur bien des points au traitement réservé aux sûretés préférentielles, tandis que la liquidation judiciaire perd son caractère collectif et tend à devenir une jungle dans laquelle chacun met en œuvre ses prérogatives individuelles, sans souci du classement légal des droits de préférence et donc des intérêts des salariés, organes de la procédure ou apporteurs d'argent frais. A long terme, les droits exclusifs devraient être traités suivant leur véritable nature, et non seulement en se fondant sur la technique d'affectation en garantie utilisée. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a commencé à montrer la voie. Il faut poursuivre dans cette direction : tous les biens se trouvant entre les mains du débiteur devraient

être laissés à sa disposition pendant la période d'observation et l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement ; les créanciers ne devraient pouvoir réaliser leurs sûretés qu'au sein de la procédure de liquidation, et seulement suivant l'ordre des droits de préférence prévu par la loi ; les fiduciaires devraient se voir attribuer un rang au sein de ce classement légal afin de tirer les conséquences qui s'imposent de leur véritable nature ; les propriétaires et rétenteurs devraient pouvoir se voir imposer de substantielles remises de dettes si le redressement de l'entreprise est possible. Cette évolution n'a évidemment aucune chance de se réaliser à moyen terme, mais l'on pourrait d'ores et déjà imaginer soumettre tous les titulaires de droits exclusifs à l'obligation de remettre aux organes de la procédure un pourcentage des sommes recouvrées par la mise en œuvre de leur garantie. Tous les créanciers participeraient ainsi à l'effort de redressement du débiteur lorsqu'il est possible, au paiement des créanciers privilégiés occupant les premiers rangs lorsque sa situation est irrémédiablement compromise, et habitueraient également les esprits à ne plus considérer les droits exclusifs comme des bastions imprenables, mais comme des forteresses aux murs déjà ébréchés, rendant ainsi possible, dans un avenir plus ou moins lointain, l'alignement de leur traitement sur celui qui est réservé aux sûretés préférentielles. Une fois ces principes communs fixés, en revanche, rien ne s'oppose à l'existence de règles propres aux différentes catégories de sûretés.

999. Vers des droits spéciaux rationalisés. Le droit spécial des sûretés mobilières conventionnelles doit alors être réorganisé afin de mettre en place des catégories plus adaptées à la mise en valeur des différences entre les techniques d'affectation et les biens grevés. Il faudrait ainsi consacrer la famille des sûretés hypothécaires, caractérisées par un système de publicité complet et octroyant un droit de suite illimité à leurs titulaires. Ces sûretés ne sont pas particulièrement prisées des créanciers, la vente ou l'attribution judiciaire de leur assiette étant souvent peu satisfaisante en raison du caractère frugifère des biens grevés. Le fonds de commerce ou les droits de propriété intellectuelle d'un débiteur défaillant n'ont souvent que peu de valeur. Il pourrait alors être envisagé de mieux tirer parti de l'originalité de ces biens en autorisant les créanciers hypothécaires à les exploiter en cas de défaillance du débiteur, ce qui est de nature à renforcer leur attrait. A cette catégorie s'opposerait celle des sûretés non-hypothécaires, qui n'octroient pas de droit de suite aussi efficace. Deux sous-catégories sont alors à distinguer. La première, celle des sûretés sur meubles incorporels, subit aujourd'hui

l'attraction du droit financier et ces garanties tendent à échapper aux conséquences de la procédure collective du débiteur, ce qui n'est pas acceptable dans l'optique de la revalorisation du droit de préférence et de la recherche d'une articulation plus harmonieuse entre sûretés et procédures collectives. Il faudrait donc les libérer de cette influence, tout en prenant en considération leurs atouts très importants, à savoir leurs modalités facilitées de constitution et de réalisation, ainsi que leur grande versatilité, les rendant aptes à épouser au mieux les évolutions affectant la créance garantie. La deuxième catégorie, composée des différents gages, peut aisément être rationalisée. Il suffirait en effet de supprimer tous les gages spéciaux, tout en renforçant le régime du gage du Code civil : l'on pourrait ainsi imaginer consacrer un gage unique, dépourvu de droit de rétention fictif lorsqu'il est constitué sans dépossession, mais pourvu d'un meilleur rang que les privilèges du Trésor Public lorsqu'il est constitué à des fins professionnelles. L'unité de la catégorie des sûretés mobilières pourrait enfin être réalisée par la nécessité d'une inscription aux fins d'opposabilité aux tiers, avec centralisation des informations relatives à l'intégralité des sûretés mobilières sans dépossession constituées en France au sein d'un fichier unique tenu informatiquement.

1000. Il resterait enfin à rationaliser le droit des privilèges. Contrairement au droit des sûretés mobilières conventionnelles, le retour de la cohérence ne passe pas à titre principal par une meilleure classification des garanties. Les privilèges sont certes divisés entre véritables sûretés – lorsque le privilège est muni d'un droit de suite – et simples droits de préférence sur la valeur – en l'absence d'une telle prérogative – mais cela n'est pas déterminant. L'essentiel est ici de prendre conscience de ce qu'il s'agit de droits de préférence conférés par la loi, mieux classés que les droits de préférence obtenus grâce aux sûretés conventionnelles, ce qui diminue grandement leur attrait. Les droits exclusifs – qu'il s'agisse de garanties exclusives ou de modes exclusifs de réalisation des sûretés préférentielles – ayant notamment été développés afin de répondre au pullulement des privilèges, il faut avant toute chose prendre des mesures en faveur de la réduction du nombre de sûretés légales ainsi que de la diminution de leur efficacité. Le droit commun des privilèges pourrait ainsi utilement incorporer les principes de sobriété législative, d'utilité et de nécessité afin que le législateur ne puisse instituer de nouveaux privilèges que s'ils sont absolument indispensables à la protection d'un créancier particulièrement faible. Le même critère justifierait alors la suppression de certains privilèges

ou la réduction de leur domaine d'application – qu'il s'agisse de fixer des limites temporelles à leur mise en œuvre ou de retirer certaines créances du périmètre de la garantie légale. On le voit donc, il est possible de remettre de l'ordre dans les droits spéciaux : la tâche est difficile, mais pas insurmontable. Il faut alors en déduire que la réhabilitation du droit de préférence n'est pas qu'une utopie.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1001. Une confusion générale. « *Aujourd'hui plus que jamais, notre droit des sûretés réelles est une construction baroque et on ne peut se hasarder à prédire qu'elle le deviendra plus encore ou qu'elle évoluera vers la simplicité* »¹. Formulé il y a une vingtaine d'années par Cabrillac, ce constat n'a pas pris une ride. Les réformes successives ont beau avoir considérablement modifié la physionomie du droit des sûretés réelles, le désordre demeure une constante. Le législateur est un Sisyphe qu'il faut imaginer malheureux... Qu'on en juge : la préférence a été supplantée par l'exclusivité à la faveur des évolutions du droit des procédures collectives, exclusivité elle-même appelée à tomber en déshérence face à la « super-exclusivité » que représente l'immunité à la procédure collective des sûretés sur actifs financiers ; alors que la sûreté réelle s'est considérablement rapprochée du cautionnement en y empruntant sa souplesse, aucune règle tirée du régime de cette garantie ne peut s'appliquer à la sûreté réelle pour autrui ; là où toutes les garanties réelles obéissent largement au même régime lorsque le débiteur est en mesure de faire face à ses dettes, les procédures collectives sont le théâtre de la résurgence de régimes particuliers à chacune d'entre elles ; enfin, bien que le législateur entonne régulièrement l'air de la simplification du droit, une myriade de sûretés spéciales obscurcissent l'état du droit positif et complexifient à l'extrême les tentatives de classement des droits de préférence. A l'heure d'une nouvelle réforme des sûretés et des procédures collectives, il n'était pas vain d'entreprendre l'édification d'une théorie générale des sûretés réelles afin de clarifier les concepts et d'expurger de ses incohérences un droit si essentiel au bon fonctionnement de l'économie.

1002. Le concept de sûreté réelle. La définition du concept de sûreté réelle ne peut se faire *ex nihilo*. Il est des institutions définies unanimement comme telles, qui doivent ainsi servir de fondement au raisonnement : le gage, le nantissement et l'hypothèque. Le concept qui ressort de l'étude comparée de ces différentes figures doit être enrichi des apports des réformes récentes, au premier rang desquelles se trouve l'ordonnance du 23 mars 2006. La sûreté réelle

¹ M. Cabrillac, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n° 3, p. 710.

de 2020 n'est plus celle de 1804, mais encore faut-il prendre la mesure de ce qui les sépare. Il est alors indispensable de s'intéresser aux grandes divisions du droit des sûretés réelles, la distinction et la préférence et de l'exclusivité et la *summa divisio* des sûretés réelles et personnelles.

1003. Préférence et exclusivité. La distinction de la préférence et de l'exclusivité doit être ramenée à ses justes dimensions. Si, théoriquement, elles ne peuvent être confondues, la préférence reposant sur la logique de classement afin que son bénéficiaire figure au meilleur rang possible dans le concours l'opposant à ses concurrents alors que l'exclusivité évince purement et simplement ce concours, la réalité est bien plus nuancée. Les sûretés préférentielles confèrent de plus en plus souvent des droits exclusifs à leurs titulaires, tandis que l'exclusivité ressemble à s'y méprendre à une préférence de premier rang camouflée. Un examen attentif du régime de la fiducie-sûreté confirme cette observation : par une affectation exclusive, les biens réservés par le constituant au profit de son bénéficiaire sont soustraits au droit de gage général des créanciers concurrents, mais rien dans la structure de cette sûreté ne permet de justifier l'octroi d'un droit plus vigoureux au bénéficiaire de la fiducie qu'au gagiste, si ce n'est la politique juridique. Une division fondamentale doit alors être réalisée au sein de la catégorie des garanties exclusives : certaines sont des sûretés exclusives, à l'image de la fiducie, d'autres ne peuvent être qualifiées de sûretés. Ce sont notamment les droits de propriété réservée, soit la réserve de propriété et le crédit-bail. Dans ces hypothèses, le créancier est également un véritable propriétaire, ce qui permet de justifier des différences de traitement avec les sûretés classiques, à l'image de la survie de la réserve de propriété malgré l'extinction sans paiement de la créance de prix. Ces garanties s'analysent mieux par le recours à une grille de lecture purement contractuelle.

L'exclusivité, tant qu'elle ne repose pas sur la conservation de son droit de propriété par le créancier, est donc parfaitement compatible avec la qualification de sûreté réelle. Cette donnée permet, à notre sens, de parvenir à une analyse plus satisfaisante du nantissement de créance. Plutôt que d'affirmer, sans nuances, l'exclusivité du droit du nanti, il paraît préférable de diviser la vie de la sûreté en deux temps. Durant sa première phase, pourquoi le nantissement serait-il autre chose d'un gage sur créance, conférant un droit préférentiel ? Le créancier nanti ne dispose pas de droit de jouissance et ne s'est pas vu transférer la créance nantie. La logique

des rangs devrait donc prévaloir. En revanche, dans un second temps, une fois le paiement de la créance nanti obtenu, le bénéficiaire voit sa sécurité assurée. Qu'il y ait application des règles des procédures civiles d'exécution, exercice d'un droit de rétention sur de la monnaie détenue sous forme corporelle ou naissance d'une fiducie-sûreté du fait de la confusion des fonds perçus avec ceux du créancier, son droit devient alors exclusif. Cependant, la Cour de cassation neutralise les conséquences de l'exclusivité du nantissement de compte face à la procédure collective du constituant en lui refusant tout blocage conservatoire des fonds grevés. La grille de lecture développée précédemment démontre alors son utilité : les sûretés sur créances monétaires en bénéficient grandement, car elle permet une appréciation nuancée de la situation. Le respect des droits des tiers serait assuré tant avant le paiement de la créance nanti, par le respect de la logique des rangs, qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, le créancier nanti muni d'un droit exclusif demeurant un titulaire de sûreté subissant les contraintes de la discipline collective. Ce même schéma peut être reproduit vis-à-vis de la *summa divisio* des sûretés réelles et personnelles.

1004. Sûretés réelles et sûretés personnelles. En effet, il n'est plus possible d'affirmer, sans développer davantage, que les sûretés réelles et personnelles appartiennent à deux mondes différents. Au-delà des différences techniques évidentes, l'affectation au cœur des sûretés réelles amputant la liberté de gestion du constituant et la sûreté personnelle mettant nécessairement en jeu trois patrimoines, l'histoire récente de cette *summa divisio* est celle d'un rapprochement constant. L'assouplissement du principe de spécialité des sûretés réelles par l'ordonnance du 23 mars 2006 permet désormais de consentir à la création de causes légitimes de rupture d'égalité d'une ampleur considérable pour garantir le paiement de l'ensemble des créances nées et à naître d'une relation d'affaires. La proximité avec le cautionnement *omnibus* est alors évidente, et doit appeler des protections similaires afin d'éviter qu'un particulier ne tombe ainsi sous la coupe d'un créancier unique. Mais il est possible d'aller encore plus loin : toutes les sûretés semblent en réalité fonctionner de la même manière. Il est ainsi possible de soutenir que toute sûreté donne naissance à une obligation de garantie, se divisant en une prestation de couverture développant ses effets jusqu'à l'échéance de la créance garantie, une prestation de règlement prenant ensuite le relais si le débiteur est défaillant. En matière de sûretés réelles, l'obligation est réelle et oblige le constituant à conserver l'assiette de la sûreté

afin que le bénéficiaire puisse mettre en œuvre son droit de gage spécial à l'échéance. Ce droit de poursuite permet alors de bénéficier de dérogations au droit commun de l'exécution forcée ou d'agir contre un tiers à la dette initiale lorsque la sûreté confère un droit de suite.

La mise en lumière de ce rapprochement permet de proposer une nouvelle solution à la question irritante de la nature de la sûreté réelle pour autrui, à laquelle la Cour de cassation refuse depuis 2005 d'appliquer le régime protecteur de la caution « personnelle ». Devant l'incapacité des théories monistes à fournir une grille de lecture satisfaisante, il faut nécessairement se tourner vers une théorie dualiste. La mixité inhérente à cette sûreté si particulière serait respectée si l'on consentait à l'analyser comme constituant une obligation réelle de garantir la dette d'autrui. L'obligation réelle de garantie justifierait alors l'application du régime de la sûreté réelle choisie, quand l'obligation de garantir la dette d'autrui entraînerait celle des dispositions applicables au cautionnement classique. La voie a déjà été montrée par le législateur des procédures collectives, qui soumet tous les garants de la dette d'autrui au même régime afin de favoriser le redressement des entreprises en difficulté. Il ne reste alors plus qu'au juge à faire de même lorsque le débiteur est en mesure de payer ses dettes, en appliquant le régime protecteur de la caution toutes les fois que l'existence de l'obligation de garantir la dette d'autrui est seule en jeu. Ainsi, l'aptitude à consentir un cautionnement, les obligations d'information, le jeu des bénéfices de discussion, division et subrogation doivent être reconnus à la caution réelle. Le bénéfice du principe de proportionnalité également, mais seulement dans la mesure où la caution risque effectivement le surendettement.

1005. Les régimes des sûretés réelles. Le caractère unitaire du concept de sûreté réelle est alors révélé : qu'elle soit préférentielle ou exclusive, la sûreté réelle fonctionne toujours par une affectation de biens du constituant à la garantie du paiement du créancier. Cette affectation restreint les pouvoirs du propriétaire et attribue corrélativement un droit de regard et de critique renforcé au bénéficiaire de la sûreté, afin qu'il puisse s'assurer de la consistance de son droit de gage spécial tout au long de la vie de la sûreté, et ainsi soit au moins partiellement rempli de ses droits par sa réalisation. A ce concept unitaire, en bonne logique, devrait répondre un régime unitaire. Il n'en va pourtant pas ainsi, tant le droit des procédures collectives que les droits spéciaux des sûretés connaissant de multiples régimes pour des sûretés particulières.

1006. L'établissement du droit commun des sûretés conventionnelles. Lorsque le débiteur est *in bonis*, l'état du droit positif des sûretés conventionnelles est de nature à satisfaire les « faiseurs de systèmes ». En effet, un droit commun à toutes les garanties réelles existe en germe. La constitution de la garantie met ainsi systématiquement face à face un créancier libre de choisir les modalités de mise en place de ses droits spéciaux et un constituant juge de ses meilleurs intérêts, sauf cas exceptionnel justifiant une protection légale. La sphère de liberté du créancier est toutefois limitée par la protection des droits des tiers, qui lui impose de choisir une sûreté parmi l'arsenal légal et de la rendre opposable selon les formes prévues par la loi. Au cours de la vie de la sûreté, le principe d'indivisibilité et le jeu extensif de la subrogation réelle permettent au bénéficiaire de ne pas subir les modifications apportées à l'assiette ou à sa créance. Dans l'hypothèse où sa situation serait irrémédiablement détériorée, il pourrait toujours se retourner, en matière civile, contre le notaire qui a commis une erreur en instrumentant la garantie et, en matière pénale, *via* une infraction spéciale, contre son cocontractant s'il est à l'origine de la perte de ses droits. Enfin, si l'assiette de la sûreté réelle s'est maintenue à l'échéance, le créancier dont le débiteur est défaillant peut mettre en œuvre les voies d'exécution classiques ou demander l'attribution de la propriété des biens grevés, dans le respect du droit commun de l'exécution forcée, de l'interdiction d'enrichissement du fait de la réalisation de la garantie et des droits de suite appartenant aux créanciers inscrits antérieurement.

Les choses sont très différentes lorsque le constituant subit l'ouverture d'une procédure collective. Les titulaires de sûretés préférentielles sont soumis à la discipline collective qui les empêche d'agir, leurs prérogatives étant limitées à l'exercice du droit de préférence sur une quote-part du prix de vente de l'assiette de leur garantie ou le paiement de dividendes suivant les stipulations du plan en matière de procédures de restructuration. Lorsqu'un plan de cession est arrêté ou une procédure de liquidation est ouverte, leur situation empire, l'application du classement légal des droits de préférence les dépossédant quasi systématiquement de leurs droits... Dans le même temps, les droits de propriété réservée et fiduciaires avec patrimoine d'affectation et convention de mise à disposition sont soumis au régime des contrats en cours, le débiteur n'étant autorisé à conserver le bien grevé que s'il paye régulièrement ce qu'il doit aux créanciers titulaires de ces garanties au cours de la procédure. Ces derniers peuvent en outre récupérer leur bien si, au terme prévu par le contrat, le débiteur ne s'acquitte pas de l'intégralité

des sommes dues. Enfin, de manière encore plus incohérente, lorsque le créancier exerce son emprise matérielle sur l'assiette de la garantie ou en présence d'une fiducie sans patrimoine d'affectation, l'interdiction des poursuites mise à part, aucune des règles de la discipline collective ne s'applique. Dès lors, afin de tirer les conséquences qui s'imposent de l'identité de nature entre sûretés préférentielles et fiducies et de favoriser tant le redressement des entreprises en difficulté que le maintien des emplois menacés par la « faillite », il paraît indispensable de mettre en place un véritable droit commun des garanties réelles, qui interdirait notamment toutes les actions en paiement et revendication durant la phase de restructuration de la procédure collective et imposerait un droit de prélèvement des organes de la procédure sur les fonds reçus par les créanciers « exclusifs ». Un pourcentage de ces sommes, fixé par le tribunal, serait affecté au sauvetage de l'entreprise ou au paiement des créanciers privilégiés, selon les cas. Ce n'est qu'en procédant de la sorte que l'on peut mettre fin à l'anarchie ambiante et favoriser l'accomplissement des buts que le législateur des procédures collectives s'est donné.

1007. La rationalisation du droit spécial des sûretés. Mais ce n'est pas tout. Les droits spéciaux des sûretés sont devenus illisibles du fait de l'empilement de garanties. Ce problème est particulièrement prégnant en matière de sûretés mobilières. La *summa divisio* des gages sur meubles corporels et nantissements sur meubles incorporels ne permet pas de réaliser une partition cohérente, le droit commun du gage servant à pallier les carences des nantissements spéciaux et les biens incorporels présentant une telle diversité que l'édification d'un droit commun du nantissement constitue une entreprise chimérique. Dès lors, il nous paraît plus approprié de diviser les sûretés mobilières suivant la technique d'affectation employée : aux sûretés hypothécaires s'opposent les sûretés non-hypothécaires. Les premières citées se réunissent autour d'un petit nombre de principes : l'existence d'un meuble facilement identifiable, soumis à un système de publicité complet, ce qui permet de conférer un droit de suite virtuellement illimité à leurs bénéficiaires. A l'opposé, les sûretés non-hypothécaires sont moins homogènes et se subdivisent en deux catégories. Les nantissements et cessions de monnaie et de créance sont soumis à l'influence croissante du droit financier, qui vise à les immuniser aux conséquences de la procédure collective ouverte à l'encontre du constituant. Leur particularisme est indéniable, mais ses conséquences devraient se limiter au bénéfice de conditions de réalisation simplifiées, et non à une exclusivité destinée à ne profiter qu'aux

établissements de crédit. Les différents gages présentent bien davantage de points communs, leur existence dérivant directement de la contrainte de la dépossession, jadis imposée à qui voulait constituer un gage selon les formes du Code civil. La réforme du 23 mars 2006 ayant rebattu les cartes en introduisant un gage de droit commun sans dépossession, leur maintien ne se justifie plus : le gage du Code civil se suffit à lui-même, moyennant la suppression du droit de rétention fictif conçu comme un moyen de revaloriser le gage sans pour autant toucher aux grands équilibres du droit des sûretés. Le gage de droit commun, auquel il faudrait reconnaître un rang supérieur à celui des privilèges du Trésor lorsqu'il est constitué à des fins professionnelles, remplacerait avantageusement la mosaïque de gages existant actuellement, qui sont très largement délaissés par la pratique.

Enfin, c'est dans le maquis des sûretés légales qu'il faudrait impérativement tailler afin de rendre à nouveau le droit des sûretés intelligibles. Les privilèges foisonnent en effet depuis des années, partagés entre véritables sûretés réelles et simples droits de préférence sur la valeur des biens désignés par la loi. La « qualité de la créance » qui justifie leur existence est une pure question de politique législative, le législateur cédant régulièrement aux groupes de pression qui réclament toujours plus d'avantages au profit de leurs membres. Le classement des droits de préférence est alors complexifié à l'extrême, tant dans le droit des procédures collectives qu'en dehors. Les créanciers fuient naturellement ces incertitudes pour se réfugier dans l'exclusivité. Il est alors nécessaire d'édicter un certain nombre de principes afin d'obliger le législateur à créer le moins possible de nouveaux privilèges, tout en réalisant un audit du droit positif pour ne laisser survivre que les privilèges indispensables au paiement de leurs titulaires et strictement proportionnés au but recherché. De nombreux privilèges du Code civil pourraient ainsi être supprimés. Par ailleurs, les privilèges du Trésor Public et des créanciers postérieurs méritants devraient être largement affaiblis.

1008. Un moment historique. Au terme de cette étude, que penser du destin des sûretés réelles ? A l'inverse de Cabrillac, il nous semble que l'on peut se hasarder à prédire que l'avenir sera à la complexification, si les grandes orientations qui ressortent de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant devaient être consacrées dans la loi. Les droits exclusifs et l'immunité des garanties à la procédure collective étendra encore davantage son empire, si bien que l'on peut se demander si les distributions n'auraient pas tout simplement vocation à

disparaître du domaine de la mise en œuvre des droits de créance. Chaque créancier n'aurait qu'à « tirer ses marrons du feu », en prenant son dû sans l'assistance d'un tiers. Mais que de conflits à venir, à l'époque du tout-exclusif, lorsque la moitié des créanciers sera intégralement désintéressée tandis que l'autre moitié ne recevra rien, sans juste milieu...

A l'heure – historique – où se joue l'avenir du droit des sûretés et du droit des procédures collectives, l'on peut toutefois estimer qu'une autre voie mériterait d'être empruntée : celle de la réhabilitation du droit de préférence contre le développement sans fin de l'exclusivité, du renforcement des droits de la collectivité des créanciers contre les faveurs particulières accordées à certains créanciers. Fermons les yeux une dernière fois et invitons le législateur à faire de même. On peut se prendre à rêver d'un droit des sûretés dans lequel les nombreux atouts du droit de préférence seraient reconnus – la possibilité de grever plusieurs fois le même bien de diverses garanties, son caractère public, la conciliation des droits des différents titulaires de sûretés – et matérialisés par la consécration d'un droit commun, pour partie dans le Code civil – explicitant les règles applicables aux trois phases de la vie de la sûreté, sa constitution, sa période conservatoire et sa réalisation –, pour partie au sein du Code de commerce – appliquant la discipline collective de manière homogène à l'intégralité des titulaires de garanties réelles. En deçà de ce degré de généralité se situeraient deux droits communs familiaux, organisés autour de l'hypothèque – pour les hypothèque mobilières – et du nantissement de créance – pour les différentes sûretés sur actifs financiers –, ainsi que le gage unique, dépourvu de droit de rétention fictif mais muni d'un bon rang lorsqu'il est constitué à des fins professionnelles. Enfin, la croissance irraisonnée des privilèges serait domptée et leur nombre réduit à ce qui est strictement nécessairement à la protection de créanciers objectivement faibles.

Quels résultats produiraient alors la défaillance d'un débiteur ? Devant les minces attraits des droits exclusifs, les créanciers se reporteraient sur les sûretés préférentielles et chaque défaut de paiement serait l'occasion d'une distribution dans le strict respect du classement des droits de préférence. Seuls les créanciers de premier rang recevraient à coup sûr le paiement intégral de leurs créances, mais les créanciers de rangs inférieurs obtiendraient au moins un reliquat au titre de leur sûreté au lieu d'être systématiquement rétrogradés au rang de créanciers chirographaires. Le classement de chaque créancier pourrait être calculé à chaque instant, dans la mesure où il serait fondé sur des critères objectifs : le rang attribué par le législateur ou la date d'inscription de la sûreté. La connaissance de la surface de crédit du candidat emprunteur

permettrait à chaque prêteur de calculer au mieux ses risques. L'ouverture d'une procédure collective laisserait le débiteur en difficulté à la tête de l'intégralité de l'outil de production et, dans le cas où seule la liquidation serait possible, les conséquences de la pénurie seraient supportées, non de manière égalitaire par tous les créanciers, mais de manière prévisible par le respect du classement des droits de préférence. La hiérarchie des intérêts mise en place par le législateur des procédures collectives serait respectée et la sécurité financière des salariés ne serait plus menacée. N'est-ce vraiment là qu'une utopie ?

BIBLIOGRAPHIE

I) Ouvrages généraux, manuels et traités

- Acollas (E.)**, *Manuel de droit civil*, T. III, Germer-Baillière, 2^e éd., 1874
- Albigès (C.) et Dumont (M.-P.)**, *Droit des sûretés*, Dalloz, HyperCours, 7^e éd., 2019
- Ancel (P.) et Gout (O.)**, *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. Objectif droit, 8^e éd., 2019
- Ansault (J.-J.)**, *Procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019
- Argou (G.)**, *Institution au droit français*, T. II, par. M. A. G. Boucher d'Argis, Desaint et Saillant, Paris, 9^e éd., 1764
- Atias (C.)**, *Droit civil – Les biens*, LexisNexis, 12^e éd., 2014
- Aubry (C.) et Rau (C.), par Esmein (P.)**, *Droit civil français*, T. III, Libraires techniques, 7^e éd., 1968
- Audit (B.) et d'Avout (L.)**, *Droit international privé*, LGDJ, 8^e éd., 2018
- Auzero (G.), Baugard (D.) et Dockès (E.)**, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 33^e éd., 2020
- Aynès (L.) et Crocq (P.)**, avec le concours d'A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019
- Barthez (A.-S.) et Houtcieff (D.)**, *Traité de droit civil – Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010
- Battur (G.-B.)**, *Traité des privilèges et hypothèques*, T. 3, 2^e éd., 1823
- Baudry-Lacantinerie (G.) et De Loynes (P.)**, *Traité théorique et pratique de droit civil – Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, T. 2, L. Larose et L. Tenin, Paris, 1906
- Baudry-Lacantinerie (G.) et Saignat (L.)**, *Traité théorique et pratique de droit civil – De la vente et de l'échange*, L. Larose et L. Tenin, 3^e éd., Paris, 1908
- Beignier (B.)**, *Droit des assurances*, Montchrestien, Domat droit privé, 2011
- Beignier (B.) et Ben Hadj Yahia (S.)**, *Droit des assurances*, Montchrestien, Domat droit privé, 3^e éd., 2018
- Bénabent (A.)**, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 13^e éd., 2019
- Bergel (J.-L.), Cimamonti (S.), Roux (J.-M.), Tranchant (L.)**, *Les biens*, LGDJ, 3^e éd., 2019
- Beudant (C.)**, *Cours de droit civil français*, T. XI, *La vente – Le louage des choses*, Rousseau et C^{ie}, 2^e éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de J. Brèthe de la Gressaye, Paris, 1938 ;
- *Cours de droit civil français*, T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, Rousseau et C^{ie}, 2^e éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, 1948
- Bigot (J.) (dir.)**, *Traité de droit des assurances*, T. 3, préf. G. Durry, LGDJ, 2^e éd., 2014
- Bonneau (T.)**, *Droit bancaire*, LGDJ, Précis Domat droit privé, 13^e éd., 2019
- Bonneau (T.), Paillet (P.), Rouaud (A.-C.), Tehrani (A.) et Vabres (R.)**, *Droit financier*, LGDJ, 2^e éd., 2019
- Bourassin (M.) et Brémond (V.)**, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020
- Brenner (C.)**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 10^e éd., 2019
- Bureau (D.) et Muir-Watt (H.)**, *Droit international privé*, T. 2, PUF, 4^e éd., 2017
- Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (Ph.)**, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015
- Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1 et 2, Dalloz, 13^e éd., 2015
- Carbonnier (J.)**, *Les biens*, PUF, 19^e éd., 2000 ;
- *Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000
- Cayrol (N.)**, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^e éd., 2019
- Chénéde (F.)**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz référence, 2^e éd., 2019/2020
- Collart-Dutilleul (F.) et Delebecque (Ph.)**, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2019

- Conte (Ph.)**, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^e éd., 2019
- Cornil (G.)**, *Ancien droit romain – Le problème des origines*, Bruxelles, Librairie des sciences juridiques, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1930
- Cornu (G.)**, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Domat, 13^e éd., 2007
- Cornu (G.) (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 13^e éd., 2020
- Couret (A.)**, **Le Nabasque (H.)**, **Coquelet (M.-L.)**, **Granier (T.)**, **Poracchia (D.)**, **Raynouard (A.)**, **Reygrobellet (A.)** et **Robine (D.)**, *Droit financier*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2019
- Cuq (E.)**, *Manuel des institutions juridiques des romains*, LGDJ, 1917
- Dagot (M.)**, *Les sûretés*, PUF, 1981
- Delebecque (Ph.)**, *Droit maritime*, Précis Dalloz, 14^e éd., 2020
- Delvincourt (C.-E.)**, *Cours de Code civil*, T. III, Fournier, Paris, 1819
- Demante (A.-M.)**, *Cours analytique de Code civil*, T. VIII, par E. Colmet de Santerre, Plon, 1884
- Demogue (R.)**, *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du droit, 2001 ;
- *Répétitions écrites de droit civil*, deuxième année, 1934-1935, Les Cours de Droit, 1935
- Derrida (F.)**, **Godé (P.)** et **Sortais (J.-P.)**, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, avec la collaboration d'A. Honorat, Dalloz, 3^e éd., 1991
- Domat (J.)**, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Savoye, 1756
- Dross (W.)**, *Droit civil – les choses*, LGDJ, 2012
- Fenet (P.-A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836
- Fleury (C.)**, *Institution au droit français*, T. II, rééd. par E. Laboulaye et R. Dareste, Auguste Durand, 1858
- Flour (J.)**, *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, Les Cours de Droit, 1961-1962
- François (J.)**, *Les sûretés personnelles*, Economica, 1^e éd., 2004
- Fromont (M.)** et **Knetsch (J.)**, *Droit privé allemand*, LGDJ, Précis Domat droit privé, 2^e éd., 2017
- Gaïa (P.)**, **Ghevoitian (R.)**, **Mélin-Soucramanien (F.)**, **Oliva (E.)**, **Roux (A.)**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 19^e éd., 2018
- Gaudemet (E.)**, *Théorie générale des obligations*, préf. D. Mazeaud, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2004
- Girard (P.-F.)**, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 8^e éd., 2003
- Glasson (E.)**, **Morel (R.)**, **Tissier (A.)**, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T. IV, Sirey, 3^e éd., 1932
- Grimaldi (M.)**, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017
- Guinchard (S.)** et **Moussa (T.)**, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 9^e éd., 2018/2019
- Hamel (J.)**, *Banques et opérations de banque*, T. II, Rousseau et C^{ie}, Paris, 1943
- Hoonakker (Ph.)**, *Procédures civiles d'exécution*, Bruylant, 8^e éd., 2018
- Jacquemont (A.)**, **Borga (N.)**, **Mastrullo (T.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^e éd., 2019
- Jestaz (Ph.)** et **Jamin (C.)**, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004
- Julienne (M.)**, *Régime général des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2018
- Josserand (L.)**, *Cours de droit civil positif français*, T. 2, Sirey, 3^e éd., 1930
- Lagarde (B.)**, *Entreprises en difficulté – Traité économique et fiscal*, Auteur-éditeur Bernard Lagarde, 2014
- Larroumet (C.)** et **Mallet-Bricout (B.)**, *Les biens – droit réels principaux*, Economica, 6^e éd., 2019
- Laurent (F.)**, *Principes de droit civil français*, T. XXIV et T. XXX, Bruylant, 3^e éd., 1878
- Leborgne (A.)**, *Droit de l'exécution*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2019
- Le Corre (P.-M.)**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10^e éd., 2018
- Lepage (A.)** et **Matsopoulou (H.)**, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015
- Legeais (D.)**, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 13^e éd., 2019
- Lévy (J.-Ph.)** et **Castaldo (A.)**, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1^e éd., 2002
- Lokiec (P.)**, *Droit du travail*, PUF, Thémis, 2019
- Lucas (F.-X.)**, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2019
- Lyon-Caen (G.)**, *Traité de droit du travail*, T. 2, *Les salaires*, Dalloz, 1967
- Marcadé (V.-N.)**, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, par P. Pont, T. IX, Delamotte, 1867
- Malaurie (Ph.)**, **Aynès (L.)** et **Gautier (P.-Y.)**, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2018
- Malaurie (Ph.)**, **Aynès (L.)** et **Julienne (M.)**, *Droit des biens*, LGDJ, 8^e éd., 2019

- Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.),** *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018
- Marty (G.) et Raynaud (P.),** *Droit civil*, T. III, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd. par Ph. Jestaz, 1987
- Mayer (P.), Heuzé (V.) et Remy (B.),** *Droit international privé*, LGDJ, 12^e éd., 2019
- Mazeaud (H., L. et J.) et Chabas (F.),** *Leçons de droit civil*, T. III, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd. par Y. Picod, 1999
- Mestre (J.), Putman (E.) et Billiau (M.),** *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996 ;
- *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996
- Mignot (M.),** *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, coll. Cours, 3^e éd., 2017
- Mourlon (F.),** *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoléon*, T. III, A. Marescq Aîné, Paris, 7^e éd., 1866
- Pérochon (F.),** *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., 2014
- Perrot (R.) et Théry (Ph.),** *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013
- Picod (Y.),** *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 3^e éd., 2016 ;
- *Droit de la consommation*, Sirey, 3^e éd., 2015
- Piedelièvre (S.),** *Procédures civiles d'exécution*, Economica, Corpus droit privé, 2016
- Planiol (M.),** *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, F. Pichon, 2^e éd., 1902
- Planiol (M.) et Ripert (G.),** *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, *Les sûretés réelles*, LGDJ, 2^e éd. par E. Becqué, 1953
- Pothier (R.-J.),** *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2011 ;
- *Traité de la procédure civile – Traité de la procédure criminelle*, in J.-J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, T. X, Cosse, Delamotte et Videcoq, Paris, 1848 ;
 - *Traité du contrat de vente*, in J.-J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, T. III, Cosse, Delamotte et Videcoq, Paris, 1847 ;
 - *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens et des champarts*, in J.-J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, T. IX, Cosse, Delamotte et Videcoq, Paris, 1846
- Raymond (G.),** *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^e éd., 2017
- Ripert (G.) et Boulanger (J.),** *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. III, LGDJ, 1958
- Roland (H.) et Boyer (L.),** *Locutions latines du droit français*, Litec, 3^e éd., 1993 ; *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992
- Rouland (N.),** *Anthropologie juridique*, PUF, 1988
- Saint-Alary-Houin (C.),** *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 11^e éd., 2018
- Simler (Ph.),** *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015
- Simler (Ph.) et Delebecque (Ph.),** *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2016
- Terré (F.) et Fenouillet (D.),** *Droit civil – Les personnes*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2012
- Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), Chénéde (F.),** *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2019
- Thaller (E.),** *Traité élémentaire de droit commercial*, T. I, par J. Percerou, Rousseau et C^{ie}, 8^e éd., 1931
- Théry (Ph.),** *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998
- Thézar (L.),** *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, Ernest Thorin, éditeur, 1880
- Toullier (C.-B.-M.),** *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, T. III, Warée, 1811
- Troplong (R.-T.),** *Des privilèges et hypothèques*, T. I, Charles Hingray, libraire-éditeur 5^e éd., 1854
- Vallansan (J.), Cagnoli (P.) et Fin-Langer (L.),** *Difficultés des entreprises – Commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, LexisNexis, 6^e éd., 2012
- Véron (M.),** *Droit pénal spécial*, Sirey, 17^e éd., 2019
- Vivant (M.) et Bruguière (J.-M.),** *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2019
- Zenati (F.) et Revet (T.),** *Les biens*, PUF, 2^e éd., 1997

II) Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

- Aberkane (H.)**, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels – Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. M. Fréjaville, LGDJ, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université d'Alger, T. 26, 1957
- Adjagba (I.)**, *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, th. Paris II, 1988
- Alter (M.)**, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préf. P. Catala, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CXXII, 1972
- Amiard-Fortinière (S.)**, *Des effets des diverses variations de valeur du gage hypothécaire*, th. Paris, A. Pédone Editeur, 1896
- André (E.)**, *Les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté*, préf. N. Borga, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 191, 2019
- Ansaloni (G.)**, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur les créances*, th. Paris II, 2006
- Ansault (J.-J.)**, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 40, 2009
- Arsac (A.)**, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2015
- Atsarias (S.)**, *La protection des garants des dettes de l'entreprise*, préf. F. Macorig-Venier, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 12, 2018
- Attal (M.)**, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, préf. S. Poillot-Peruzzetto, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 13, 2005
- Augier (A.)**, *Commentaire de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime*, Berger-Levrault et C^{ie}, Paris, 1878
- D'Avout (L.)**, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006
- Avril (P.-E.)**, *Principe et caractères juridiques de la constitution du gage sur les meubles incorporels*, th. Grenoble, Arthur Rousseau Editeur, 1898
- Aynès (A.)**, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2005
- Badaoui (A.)**, *Le développement de la notion du privilège*, th. Grenoble, Allier Frères, Imprimeurs de l'université, 1912
- Bakouche (D.)**, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 432, 2005
- Balat (N.)**, *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 571, 2016
- Bargue (N.)**, *Essai sur la notion de garantie*, th. Paris 1, 2008
- Barreau-Saliou (C.-T.)**, *Les publicités légales*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990
- Barrière (F.)**, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. Grimaldi, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 66, 2004
- Benneptali (J.)**, *Le nantissement de créance et les procédures collectives*, th. Paris-Est, 2019
- Bernus (A.)**, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce – Documents et débats parlementaires*, Rey et C^{ie}, Lyon, 1909
- Bertier-Lestrade (B. de)**, *Le conflit d'actes juridiques en droit privé*, préf. L. Rozès, PUAM, 2003
- Bicheron (F.)**, *La dation en paiement*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2006
- Blandin (Y.)**, *Sûretés et bien circulant : contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 567, 2016
- Blanluet (G.)**, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 313, 1999
- Boar (F. A.)**, *Une eurohypothèque comme garantie immobilière indépendante : tendances internes et supranationales*, th. Paris 1, 2019
- Boffa (R.)**, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 32, 2008
- Boiu (C. T.)**, *Etude sur la caution réelle*, th. Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1902
- Borga (N.)**, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009

- Bougerol-Prud'homme (L.)**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, 2012
- Bourassin (M.)**, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. Jobard-Bachellier et V. Brémond, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 456, 2006
- Boustani (D.)**, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 4, 2015
- Boutron-Collinot (M.)**, *Les divisions de la créance*, th. Paris II, 2018
- Boyer (A.)**, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, préf. D. Poracchia, PUAM, 2006
- Boyer (G.)**, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, th. Toulouse, 1924
- Brenaut (M.)**, *Le renouveau des mesures de sûreté*, th. Paris II, 2016
- Briault (G.)**, *De la notion du privilège en droit civil français*, th. Paris, V. Giard et E. Brière, libraires-éditeurs, 1911
- Brissaud (J.)**, *Le créancier « premier saisissant » dans l'ancien droit français*, préf. R. Perrot, PUF, 1972
- Cabrillac (M.)**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Librairie du recueil Sirey, 1954
- Caill (A.)**, *De l'hypothèque maritime*, th. Brest, Imprimerie J-P. Gadreau, 1876
- Camensuli-Feuillard (L.)**, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, préf. Y. Desdevises, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 73, 2008
- Capitant (H.)**, *De la cause*, Dalloz, 3^e éd., 1927
- Carbonnier (J.)**, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001
- Cardaire (E.)**, *Etude historique et critique sur l'objet du droit de préférence dans l'hypothèque*, th. Paris, L. Larose, 1898
- Cardoso-Roulot (N.)**, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, préf. E. Loquin, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008
- Cashin-Ritaine (E.)**, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, préf. F. Ranieri, avant-propos F. Jacquot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 348, 2001
- Catala (N.)**, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. XXV, 1961
- Cerban (A.)**, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, th. Paris, Henry Jouve, 1897
- Chaaban (R.)**, *La caducité des actes juridiques*, *Etude de droit civil*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 445, 2006
- Charoy (R.)**, *Etude sur la subrogation en matière d'assurances contre l'incendie*, th. Paris, Arthur Rousseau Editeur, 1900
- Chaumet (J.-J.-M.)**, *Des hypothèques conventionnelles au point de vue du droit de préférence*, th. pour la licence, Rennes, Oberthur et Fils, 1872
- Chénéde (F.)**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008
- Chvika (E.)**, *Droit privé et procédures collectives*, préf. T. Bonneau, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2003
- Colin (A.)**, *Les obligations financières*, th. Paris XIII, 2015, tel-01538517
- Comparato (F. K.)**, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964
- Corneloup (S.)**, *La publicité des situations juridiques – Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 388, 2003
- Cozian (M.)**, *L'action directe*, préf. A. Ponsard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 192, 1969
- Crocq (P.)**, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 248, 1995
- Dabin (J.)**, *Le droit subjectif*, préf. C. Atias, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2008
- Danos (F.)**, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2007
- Dauchez (C.)**, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013
- Debray (R.)**, *Privilèges sur les créances et actions directes*, th. Paris, Jouve et C^{ie}, 1928

- Deffis (A.)**, *Du droit de suite des créanciers hypothécaires*, th. Paris, Imprimerie Cerf, 1868
- Delmas-Marty (M.)**, *Pour un droit commun*, Editions du Seuil, 1994
- Delprat (M.)**, *Du cautionnement réel*, th. Paris, Larose et Forcel, 1885
- Denizot (A.)**, *L'universalité de fait*, préf. R. Libchaber, Fondation Varenne, coll. des thèses, n° 23, 2008
- Derrida (A.)**, *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, th. Alger, 1940
- Derruppé (J.)**, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952
- Desaint (M.)**, *L'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant*, th. Paris, Sirey, 1938
- Desideri (J.-P.)**, *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997
- Desmichelle (M.)**, *Les créanciers qui échappent aux conséquences de la procédure collective de leur débiteur*, th. Paris I, 1994
- Desnoyers (G.-M.-M.)**, *De l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs*, th. pour la licence, Paris, E. Thunot et C^{ie}, 1849
- Despax (M.)**, *L'entreprise et le droit*, préf. G. Marty, avant-propos H. Solus, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. I, 1957
- Dingreville (P.)**, *L'hypothèque mobilière – Sa distinction du gage sans dépossession*, th. Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1937
- Dols-Magneville (M.)**, *La réalisation des sûretés réelles*, th. Toulouse I, 2013
- Dubarry (J.)**, *Le transfert conventionnel de propriété. Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, préf. B. Dauner-Lieb et R. Libchaber, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 555, 2016
- Duboc (G.)**, *La compensation et les droits des tiers*, préf. J.-L. Mouralis, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 202, 1989
- Duclos (J.)**, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXIX, 1984
- Dupichot (Ph.)**, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2003
- Esmein (A.)**, *Etude sur les contrats dans le très-ancien droit français*, Paris, Larose, 1883
- Estienny (F.)**, *La fiducie : aspects juridiques et fiscaux – Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire*, préf. A. de Bissy, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 60, 2018
- Etiennay (A.)**, *La durée de la prestation*, préf. T. Revet, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 475, 2008
- Family (R.)**, *L'acte de fiducie*, th. Paris II, 2000
- Farhi (S.)**, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 6, 2016
- Favre-Rochex (C.)**, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 19, 2020
- Flachat (A.)**, *Des privilèges sur les meubles*, th. Paris, Imprimerie de Mme V^{ve} Dondey-Dupré, 1852
- Flour (Y.)**, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, th. Paris II, 1977
- Forest (G.)**, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 116, 2012
- Froger (R.)**, *Le privilège du Trésor en matière de contributions directes*, préf. E. Courtès, Dalloz, 1934
- Fucini (S.)**, *La priorité en droit privé*, préf. S. Cimamonti, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 183, 2019
- Garron (F.)**, *La caducité du contrat (Etude de droit privé)*, préf. J. Mestre, PUAM, 2000
- Gaudemet (A.)**, *Les dérivés*, préf. H. Synvet, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010
- Génicon (T.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 484, 2007
- Gide (P.)**, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, Larose, 1879
- Gijsbers (C.)**, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2016
- Ginossar (S.)**, *Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960
- Gjidara (S.)**, *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 316, 1999
- Goldie-Génicon (C.)**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 509, 2009

- Gomaa (N. K. M.),** *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. LXXXVIII, 1968
- Goubeaux (G.),** *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. XCIII, 1969
- Gouëzel (A.),** *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. Crocq, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013
- Gourdon (P.),** *L'exclusivité*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 455, 2006
- Goutal (J.-L.),** *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXI, 1981
- Goyet (C.),** *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, préf. D. Schmidt, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 180, 1983
- Granotier (J.),** *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. D. Cohen, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010
- Grimaud (D.),** *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001
- Grouber (A.),** *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, th. Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1913
- Guerrero (M.-A.),** *L'acte juridique solennel*, préf. J. Vidal, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CXXXVII, 1975
- Guinchard (S.),** *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CXLV, 1976
- Hennebelle (D.),** *Essai sur la notion de salaire*, préf. G. Vacher, PUAM, 2000
- Hiez (D.),** *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 399, 2003
- Houin (R.),** *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, th. Paris, 1937
- Imbroane (D. A.),** *Nature juridique du gage des créances*, th. Paris, 1939
- Jallès (L.),** *Etude comparée sur les effets de l'antichrèse et de la cession de loyers ou de fermages non échus*, th. Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1897
- Jamin (C.),** *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 215, 1991
- Jarrosson (C.),** *La notion d'arbitrage*, préf. B. Oppetit, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 198, 1987
- Jeanbernat (E.),** *L'hypothèque maritime en droit français*, th. Paris, Alphonse Derenne, 1881
- Juglart (M. de),** *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, th. Bordeaux, Fredou et Manville, 1937
- Juillet (C.),** *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 37, 2009
- Julienne (M.),** *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012
- Khairallah (G.),** *Les sûretés mobilières en droit international privé*, préf. H. Batiffol, Economica, 1984
- Klein (J.),** *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013
- Laroche (M.),** *Revendication et propriété – Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. Théry, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 24, 2007
- Larroumet (C.),** *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux, 1968
- Lauriol (M.),** *La subrogation réelle*, préf. A. Breton, Sirey, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université d'Alger, T. XVIII, 1954
- Lebeau (M.),** *De l'interprétation stricte des lois – Essai de méthodologie*, préf. P.-Y. Gautier, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, T. 48, 2012
- Leblond (N.),** *Assurances et sûretés*, th. Paris II, 2007
- Legeais (D.),** *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stoufflet, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986
- Lemaitre (F.),** *La monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 8, 2017
- Lestelley (H. de),** *De la constitution d'hypothèque en droit romain ; De la publicité des hypothèques en droit français*, th. Grenoble, Imprimerie Maisonville et Fils, 1879
- Libchaber (R.),** *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 225, 1992
- Lisanti-Kalczynski (C.),** *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 55, 2001

- Lobut (H.)**, *L'antichrèse autrefois et aujourd'hui, son évolution historique, son rôle dans la pratique*, th. Paris, 1897
- Lucas (F.-X.)**, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 283, 1997
- Macorig-Venier (F.)**, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, th. Toulouse, 1992
- Margellos (T. M.)**, *La protection du vendeur mobilier à crédit d'objets corporels à travers la clause de réserve de propriété – Etude de droit comparé*, préf. J.-M. Bischoff, LGDJ, 1989
- Marly (P.-G.)**, *Fongibilité et volonté individuelle – Etude sur la qualification juridique des biens*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 4, 2004
- Martial (N.)**, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, avant-propos M. Vivant, préf. D. Legeais, PUAM, 2007
- Mazeaud (V.)**, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche de la Sorbonne – André Tunc, T. 27, 2010
- Mendegris (R.)**, *La nature juridique de la compensation*, préf. P. Catala, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CIV, 1969
- Mestre (J.)**, *La subrogation personnelle*, préf. P. Kayser, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLX, 1979
- Michel (C.-A.)**, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 580, 2018
- Michon (L.)**, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, th. Nancy, Imprimerie A. Nicolle, 1891
- Milleville (S.)**, *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008
- Morvan (P.)**, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Sourieux, Editions Panthéon-Assas, 1999
- Monsérié (M.-H.)**, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 33, 1994
- Mouly (C.)**, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 10, 1979
- Nader (J.)**, *Les garanties réelles dérogatoires du Code monétaire et financier*, th. Strasbourg, 2012
- Nemtchenko (D.)**, *Le droit des sûretés au prisme de la faute : contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, th. Bordeaux, 2017
- Ollard (R.)**, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010
- Ondzé (S.)**, *La garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur*, th. Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense, 2012
- Parance (B.)**, *La possession des biens incorporels*, préf. L. Aynès, avant-propos F. Terré, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 15, 2008
- Pardoel (D.)**, *Les conflits de loi en matière de cession de créance*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 277, 1997
- Pélissier (A.)**, *La possession des meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001
- Pelletier (C.)**, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, préf. Ph. Jestaz, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004
- Pellier (J.-D.)**, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation – Contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 539, 2012
- Pérochon (F.)**, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, th. dactylo., Montpellier, 1987 ;
- *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, préf. F. Derrida, avant-propos J.-M. Mousseron, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 21, 1988
- Perrot (R.)**, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. Le Balle, Sirey, 1953
- Pillebout (J.-F.)**, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, th. Paris, 1969
- Pinto Hania (V.)**, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, th. Paris-Est-Créteil, 2011
- Plancqueel (A.)**, *Contribution à l'étude des actions directes*, th. Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1935

- Poplawski (R.),** *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, th. Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1913
- Portalis (J.-E.-M.),** *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, préf. J.-B. d'Onofrio, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2007
- Prady (D.),** *L'appropriation du gage par le créancier gagiste*, th. Paris, 1960
- Praicheux (S.),** *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. Ghozi, Revue Banque Édition, 2004
- Prigent (S.),** *L'engagement pour autrui*, th. Rennes I, 2001
- Quincartlet (S.),** *La notion de gage en droit privé français – ses diverses applications*, th. Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérou, 1937
- Ranouil (V.),** *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. Ph. Malaurie, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. CLXXXVII, 1985
- Ravenne (S.),** *Les propriétés imparfaites – Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007
- Rempler (J.-P.),** *L'individu et son patrimoine*, th. Paris, Arthur Rousseau Editeur, 1910
- Reymond de Gentile (M.-J.),** *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, préf. G. Lagarde, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, T. 25, 1973
- Reynaud (J.),** *Le délit de destruction ou détournement d'objets saisis ou donnés en gage*, th. Lyon, Imprimerie Noirclerc et Fénétrier, 1933
- Richard (A.),** *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. J.-B. Donnier, PUAM, coll. du centre Pierre Kayser, 2007
- Rizzo (F.),** *Le traitement juridique de l'endettement*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996
- Robine (D.),** *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 400, 2003
- Robino (P.),** *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, th. Bordeaux, Imprimerie Delmas, 1949
- Rosset (J.),** *Le crédit agricole au moyen des sûretés réelles mobilières*, th. Grenoble, Imprimerie Allier Frères, 1899
- Roudaut (H.),** *Dictionnaire des privilèges*, présentation R. Perrot, Editions juridiques et techniques, 1993
- Rouland (M.),** *La qualité de la créance*, th. Paris X – Nanterre, 2007
- Salati (O.),** *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, préf. E. Putman, PUAM, 2000
- Saleilles (R.),** *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ, La Mémoire du droit, 3^e éd., 2001 ;
- *De la possession des meubles – Etudes de droit allemand et de droit français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907
- Sautonie-Laguionie (L.),** *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 500, 2008
- Savaux (E.),** *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 264, 1997
- Scapel (J.),** *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002
- Segall (A.),** *La réalisation amiable du gage (Etude de lege ferenda)*, th. Paris, Rodstein, 1936
- Séjean-Chazal (C.),** *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019
- Sempé (N.),** *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, th. Toulouse I, 1996
- Sénéchal (M.),** *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 59, 2002
- Soulié (J.),** *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, th. Toulouse, Imprimerie Cléder, 1913
- Terré (F.),** *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 2, 1956
- Teyras (A.),** *Privilèges sur les immeubles*, th. pour la licence, Paris, Vinchon, fils et successeur de Mme V^e Ballard, 1854
- Thomassin (N.),** *De la propriété : contribution à une théorie générale*, th. Paris XI, 2009
- Toledo (A.-M.),** *Notion de sûreté et droit du commerce international*, th. Paris I, 1997
- Torck (S.),** *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001
- Touzain (A.),** *La consignation*, th. Paris II, 2018

- Valantin (J.)**, *De la nature et des caractères généraux du droit d'hypothèque*, th. Toulouse, Typographie Troyes Ouvriers Réunis, 1860
- Van Steenlandt (Ph.)**, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, préf. H. Lécuyer, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T. 7, 2017
- Vasseur (M.)**, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, préf. J. Hamel, Rousseau, 1949
- Westendorf (H.)**, *Le transfert des sûretés*, préf. P. Crocq et A. Prüm, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, T. 54, 2015
- Wicker (G.)**, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 253, 1997
- Witz (C.)**, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1981
- Zépi (S.)**, *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, th. Nice, 2004
- Zerbo (Z.)**, *Le dualisme dans l'interprétation des privilèges*, th. Avignon, 1999

III) Articles, chroniques et actes de colloques

- Adelle (J.-F.)**, « La fiducie-sûreté, facteur de compétitivité du droit du financement français », in *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 1 et s. ;
- « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RDBF* mars-avril 2007, étude 5
- Affaki (G.)**, « Regards croisés sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : la banque de financement », *RDBF* sept. 2018, dossier 30 ;
- « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », in M.-E. Ancel (dir.) *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 7, 2005, p. 9 et s.
- Agbayissah (S.) et Martin (D. R.)**, « Eléments critiques de droit des sûretés », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque éditeur, 2013, p. 17 et s.
- Albigès (C.)**, « Les sûretés et les biens immatériels en droit français : quelles sont les perspectives ? », *Les Cahiers de droit* juin 2018, 59-2, p. 333 et s. ;
- « Brèves remarques sur le devoir de mise en garde de la caution et l'exigence de proportionnalité », in *Un droit en perpétuel mouvement – Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 1 et s. ;
 - « La place du gage sans dépossession au sein des sûretés réelles mobilières », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 117 et s. ;
 - « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.* 2014. 795 ;
 - « Responsabilité notariale et sûretés réelles – L'exemple de la convention d'hypothèque », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 15 et s.
- Alfandari (E.)**, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », *D.* 1996. 277
- Amizet (B.)**, « Le sort des biens non revendiqués », *RPC* nov.-déc. 2017, dossier 19
- Amlon (G.)**, « L'attribution judiciaire du gage en cas de procédures collectives », *JCP N* 1991. 100653
- Ancel (M.-E.)**, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et Droit* sept.-oct. 2004, p. 3 et s.
- Ancel (P.)**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999. 771 ;
- « L'exécution par la puissance publique », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 135 ;
 - « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. ent.*, 1989/5, p. 3 et s. ;
 - « Les privilèges du Trésor », *Revue française de finances publiques*, n° 7, 1984, p. 5 et s.
- Andreu (L.)**, « La transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 279 et s. ;

- « Cession Dailly et procédures collectives », *RPC* nov.-déc. 2017, dossier 21 ;
- « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », *JCP N* 2016. 1105 ;
- « La simplification du droit des sûretés », in D. Bert, M. Chagny et A. Constantin (dir.), *La simplification du droit*, préf. J.-L. Debré, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, T. 15, 2015, p. 187 et s. ;
- « Risque de non-paiement : le gage avec dépossession et le gage sans dépossession sont-ils équivalents ? », in L. Nurit-Pontier et S. Rousseau (dir.), *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012, p. 327 et s. ;
- « Gage avec dépossession contre gage sans dépossession », *D.* 2012. 1761 ;
- « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles », *LPA* 5 juin 2009, p. 5 et s.

Andreu (L.) et Leloup-Thomas (V.), « L'efficacité des sûretés réelles des créanciers publics », *RPC* juill.-août 2019, dossier 34

Andreu (L.) et Thomassin (N.), « Rétenion immobilière et fruits civils », *RLDC* oct. 2010

Ansaloni (G.), « Remarques sur l'efficacité du nantissement de créance », *RDBF* sept. 2013, prat. 5 ;

- « Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun », *JCP E* 2009. 1672 ;
- « Sur le nantissement de second rang de compte d'instruments financiers », *RDBF* juill. 2008, étude 14

Ansaloni (G.) et Billiet (E.), « Remarques sur le conflit entre le privilège du bailleur d'immeuble et le leasing de biens d'équipement », *RDBF* nov. 2009, étude 35

Ansault (J.-J.), « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RDA* déc. 2019, p. 104 et s. ;

- « L'abus du droit de recouvrer sa créance... 30 ans après », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 33 et s. ;
- « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* mars 2017, p. 148 et s. ;
- « L'efficacité du gage sans dépossession », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 101 et s. ;
- « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 39 ;
- « La cession Dailly dans la tourmente des procédures collectives », *Journ. Soc.* mars 2012, p. 12 et s. ;
- « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *Dr. et Patr.* mai 2010 ;
- « La fiducie-sûreté ressuscitée ! », *Journ. Soc.* mai 2009, p. 22 et s.

Apprill (J.-P.), « Le nantissement des créances et des comptes », in J. Hamel (dir.) *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 485 et s.

Arsac (A.) et Roussille (M.), « Blocage d'un compte bancaire nanti – Réflexions sur la tenue de compte », *RDBF* mai 2014, étude 10

Atias (C.), « La propriété est-elle la meilleure solution ? », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *Cah. dr. ent.*, 1995/5, p. 44 et s. ;

- « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, p. 72 et s.

Atsarias (S.), « Les sûretés immobilières et l'entreprise en difficulté : hypothèque, privilège du prêteur de deniers, fiducie », in A. Cerati-Gauthier et V. Perruchot-Triboulet (dir.), *L'immeuble et le droit des procédures collectives*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Joly éditions, 2019, p. 111 et s.

Attard (J.), « Quels sont les devoirs du notaire en matière de sûretés ? », *Deffrénois* 26 avril 2018, p. 21 et s.

Aubert (F.), « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 367 et s.

Aubry (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD Civ.* 2012. 625

Auckenthaler (F.), « Nantissement de compte de titres de second rang », *Droit des sociétés* nov. 2016, étude 15

Aynès (A.), « Les causes classiques de préférence : l'égalité respectée ? Le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés réelles », *BJE* nov. 2019, p. 52 et s. ;

- « Le droit de rétention », in C. Larroumet (dir.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Ed. Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 33 et s. ;
- « Les nouveaux droits de rétention : gage sans dépossession et nantissement de créance », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 85 et s. ;
- « La fiducie-sûreté par et hors les textes », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 41 ;

- « La garantie des créanciers futurs », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque éditeur, 2013, p. 87 et s. ;
- « EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* oct. 2011 ;
- « Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 63 et s. ;
- « Le nantissement de créances de droit commun : quelle efficacité ? », *Banque et Droit* hors-série déc. 2010, p. 8 et s. ;
- « Droit pénal et droit des sûretés », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 573 et s. ;
- « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 1 et s. ;
- « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G* 2009. I. 119 ;
- « Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances », in *Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, Procédures* n° 8-9, août 2008, dossier 12 ;
- « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G* 2008. 300 ;
- « Consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006. 1301

Aynès (L.), « Conclusion », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 191 et s. ;

- « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport de synthèse », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 43 ;
- « Conclusion », in *Réforme des sûretés : premiers bilans, Dr. et Patr.* avril 2012 ;
- « Le régime juridique de la fiducie », *RLDC* mai 2009 ;
- « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* mai 2009 ;
- « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. et Patr.* sept. 2007, p. 66 et s. ;
- « Le nouveau droit du gage », *Dr. et Patr.* juill. 2007 ;
- « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007. 961 ;
- « Le gage des meubles corporels », *Dr. et Patr.* sept. 2005, p. 63 et s. ;
- « L'évolution des garanties financières », *LPA* 26 mai 2005, p. 8 et s. ;
- « Un droit en pleine évolution », *Dr. et Patr.* juill. 2002 ;
- « Synthèse », in *L'actualité du droit des sûretés, LPA* 17 juin 1998, p. 78 et s. ;
- « Rapport français », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Portugaises, T. XLVII, LGDJ, 1998, p. 375 et s. ;
- « Les garanties du financement – Rapport de synthèse présenté au 32^e Congrès des notaires », *Deffrénois* 1987, art. 33779, p. 909 et s. ;
- « Formalisme et prévention », in I. Fadlallah (dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, Travaux de la conférence d'agrégation, Litec, 1982, p. 63 et s.

Aynès (L.) et Crocq (P.), « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009. 2559

Aynès (L.) et Dupichot (Ph.), « Une ordonnance peut en cacher une autre... », *Dr. et Patr.* avril 2009

Aynès (L.) et Gautier (P.-Y.), « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994. 13

Bac (A.), « La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et Patr.* sept. 2005

Bachelot (Y.), « Un cas exemplaire : le dépérissement du nantissement de marchés », *Banque* déc. 1981, p. 1405 et s.

Badinter (R.), « Les ambitions du législateur », *RTD Com.* n° spé. 1986. 3

Bali (M.), « La prise de sûreté sur crypto-monnaie : le cas du Bitcoin », *RDBF* nov.-déc. 2018, études 21

Bandrac (M.), « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 49

Barret (O.), « Une garantie illusoire : l'hypothèque portant sur les constructions élevées par le preneur à bail rural », *Deffrénois* juin 1995, p. 705 et s.

Barrière (F.), « Fiducie-sûreté nommée et sûretés de la directive collatérale », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 57 et s. ;

- « La fiducie-sûreté », *JCP E* 2009. 1808

Barthez (A.-S.) et Serinet (Y.-M.), « Les modèles dans les garanties de paiement », in T. Revet (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 6, 2005, p. 383 et s.

- Bastin (J.)**, « Les conséquences économiques de la réserve de propriété », in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Travaux de la quatrième Journée d'études Jean Dabin, 17 mai 1968, Bruylant, 1969, p. 333 et s.
- Batiffol (H.)**, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *Les biens et les choses en droit*, APD, T. 24, 1979, p. 9 et s.
- Bazin-Beust (D.)**, « Une analyse du pacte comissoire... où prudence est mère de sûretés chez les financeurs ? », *LPA* 19 mai 2011, p. 50 et s.
- Becqué (E.)**, « Le droit nouveau du crédit réel maritime », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à Georges Ripert*, T. II, LGDJ, 1950, p. 381 et s.
- Becqué-Ickowicz (S.)**, « Les réformes de l'hypothèque », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 79 et s.
- Béguin (J.)**, « L'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français », in *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XVIII, Dalloz, 1969, p. 41 et s.
- Bénabent (A.)**, « L'hybridation dans les contrats », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27 et s.
- « La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire) », *JCP N* 1993. 100804
- Ben Cheikh-Vecchioni (L.)**, « L'AGS et le remboursement de ses avances », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 171 et s.
- Béraud (M.) et Reygrobellet (A.)**, « Des attraites, s'il en est, du nouveau gage des stocks du Code de commerce », *RLDC* avril 2016
- Bergel (J.-L.)**, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique », in D. Bert, M. Chagny et A. Constantin (dir.), *La simplification du droit*, préf. J.-L. Debré, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, T. 15, 2015, p. 21 et s. ;
- « Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI* 2010. 409 ;
 - « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *RRJ* 1995-4, p. 1079 et s. ;
 - « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.* 1984. 255
- Berger-Perrin (B.)**, « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif ? », *RPC* mai-juin 2012, dossier 16
- Bernays (J.)**, « La défaillance de l'acheteur et la préservation des droits du vendeur dans les ventes à crédit », *RCLJ* 1934, p. 618 et s.
- Berthelot (G.)**, « Les créanciers postérieurs méritants (1^{ère} partie) », *RPC* mai-juin 2011, dossier 35
- Bey (E. M.)**, « La propriété : le crédit-bail envisagé comme sûreté », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 48 et s.
- Billiau (M.)**, « Réflexions sur le gage », *JCP G* 1996. doct. 3897
- Binctin (N.)**, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* juin 2006, étude 14
- Biscardi (A.)**, « *Obligatio personae* et *obligatio rei* dans l'histoire du droit romain », *RHDFE*, 70(2), avril-juin 1992, p. 187 et s.
- Blanluet (G.)**, « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Dr. et Patr.* mars 2001 ;
- « La cession d'actions nanties », *D.* 1999.109
- Bloch (P.)**, « Vers un renforcement de la cession de créance à titre de garantie ? », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 3 et s. ;
- « Quelques réflexions sur les sources internationales du droit des sûretés réelles », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 41 et s.
- Boccaro (D. D.)**, « Souveraineté de la propriété réservée », *LPA* 2 fév. 1998, p. 6 et s.
- Boffa (R.)**, « L'ensemble de biens comme objet de sûreté », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 75 et s. ;
- « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007. 1161
- Boillot (C.)**, « Droit bancaire et financier et droit des procédures collectives : exception ou contradiction ? », *D.* 2003. 2741

Boissonade (G.), « Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaires », *Revue pratique de droit français*, 1870, p. 537 et s.

Bolze (C.), « L'unité du lien de connexité », *RRJ* 1988/2, p. 303 et s.

Bonhomme (R.), « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », in *Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 59 et s.

- « La dissociation des risques et de la propriété », in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 69 et s.

Bonneau (T.), « Le mécanisme dit du *cross-class cram-down* », *RPC* mars-avril 2020, études 11

Bonnet (V.), « Les sûretés et l'EIRL », *JCP N* 2012. 1338

Borga (N.), « Le sort des propriétaires de biens », *BJE* nov. 2019, p. 57 et s. ;

- « Propos introductifs – Du bien-fondé d'une réforme des sûretés ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 5 et s. ;

- « Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une occasion à ne pas manquer », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 291 et s. ;

- « Le projet de loi PACTE et les titres d'entreposage : nouvelle entorse à la discipline collective ? », *BJE* janv. 2019, p. 8 et s. ;

- « La concurrence des fiducies-sûretés », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 147 et s. ;

- « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 13 ;

- « Réforme du gage des stocks : l'art législatif au plus mal ! », *BJE* mars 2016, p. 128 et s. ;

- « Pour un renouveau des garanties conventionnelles sur droits de propriété intellectuelle », in J.-M. Bruguière (dir.), *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2013, p. 117 et s. ;

- « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJE* mars 2011, p. 76 et s. ;

- « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *RDBF* mai 2009, étude 20

Borga (N.) et Pérochon (F.), « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *RPC* juill.-août 2018, dossier 20

Bougerol-Prud'homme (L.), « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 36

Boulanger (J.), « Rapport présenté au nom de la Commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée », *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1937, p. 333 et s.

Boulay (J.-C.), « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », *RTD Com.* 1990. 339

Bourassin (M.), « Sûretés mobilières et sûretés immobilières, une véritable *summa divisio* ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 34 ;

- « L'attrait limité du gage de choses fongibles de droit commun », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 71 et s. ;

- « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013. 1363 ;

- « Sûretés et surendettement des particuliers », *LPA* 10 oct. 2012, p. 4 et s. ;

- « Vers un droit commun des sûretés ? », *D.* 2006. 1380

Bourbouloux (H.), « Les chiffres trompeurs : halte aux idées reçues ! La boîte à outils du Livre VI est performante », *BJE* juill. 2012, p. 206 et s.

Bouteille (M.), « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *RLDC* sept. 2010

Bravard (C.), « Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières – publicité et prévention », *RPC* nov.-déc. 2009, dossier 19

Brémond (V.), « Hypothèque et promesse d'hypothèque : les liaisons dangereuses », *JCP N* 2003. 1369

Brenner (C.), « La vente volontaire de l'immeuble saisi est-elle possible sans l'autorisation du juge de l'exécution ? », in *Au-delà des Codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie Payet*, Dalloz, 2011, p. 89 et s. ;

- « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, p. 65 et s.

Brèthe de la Gressaye (J.), « Le droit du crédit », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 115 et s.

Bros (S.), « Les garanties sur sommes d'argent », in C. Larroumet (dir.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Ed. Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 77 et s. ;
- « Le gage-espèces », *Dr. et Patr.* juill. 2007

Bruguère (J.-M.), « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006. 2804

Brunet (A.), « De l'excessive sollicitude du législateur à l'égard du banquier qui prête à une entreprise en difficulté », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 407 et s. ;

- « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 471 et s.

Buisine (O.), « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », *RPC* nov.-déc. 2011, étude 31

Buisine (O.) et Rousseau (V.), « L'exécution anticipée du plan », *RPC* nov.-déc. 2018, étude 28

Bureau (D.), « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Dr. et Patr.* déc. 1999

Cabrillac (M.), « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 709 et s. ;

- « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 293 et s. ;

- « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31 et s. ;

- « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Les activités et les biens de l'entreprise – Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly Litec, 1991, p. 333 et s. ;

- « Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990. 127 ;

- « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance de prix de revente », *D.* 1988. chron. XXXVI, p. 226 et s. ;

- « Les accessoires de la créance », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s. ;

- « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP* 1979, p. 487 et s. ;

- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s. ;

- « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », in *Le rôle du juge en présence de problèmes économiques*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XXII, Dalloz, 1970, p. 152 et s.

Cabrillac (M.) et Pétel (Ph.), « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles ? », *D.* 1994. 243

Cabrillac (S.), « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaidoyer pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 119 et s.

Cachard (O.), « Les garanties du financement des navires : crédit réel et crédit personnel », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 55 et s.

Cadiet (L.), « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux – Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71 et s.

Cagnoli (P.), « La portée des décisions en matière d'admission au passif dans la procédure collective et au-delà », *RPC* nov.-déc. 2019, dossier 45 ;

- « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », *RPC* mai-juin 2015, dossier 39

Calais-Auloy (M.-T.), « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA* 9 août 1999, p. 4 et s.

Calfan (H.), « Les risques d'impayé dans la copropriété », *Gaz. Pal.* 29 oct. 1983, p. 436 et s.

Campana (M.-J.), « L'effacement des dettes », *Gaz. Pal.* 27 fév. 2003, p. 44 et s. ;

- « Variations sur la clause de réserve de propriété », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, p. 53 et s. ;

- « La situation des créanciers », *RTD Com.* n° spé. 1986, T. 1, p. 171 et s.

- Canu (V.) et Saint Mars (B. de)**, « Intermédiation financière et droit des procédures collectives – Ou la nécessité de traiter spécifiquement certains contractants en matière financière », *RDBB* juill.-août 1998, p. 119 et s.
- Capitant (H.)**, « La vente à tempérament des automobiles », *DH*. 1935, chron., p. 9 et s. ;
- « Essai sur la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1919. 385
- Carbonnier (D.)**, « Le crédit-bail : du bail au crédit », *Deffrénois* 15 oct. 1991, p. 1025 et s.
- Carbonnier (J.)**, « La mise en gage des parts d'intérêt dans les sociétés de personnes », *Revue des sociétés* juin 1937, p. 173 et s.
- Cassin (R.)**, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD Civ.* 1945. 159
- Catala (P.)**, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966. 185
- Catala-Franjou (N.)**, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD Civ.* 1967. 9
- Cavalier (C.)**, « Le paiement des créances fiscales dans le droit des procédures collectives », *JCP E* 2015. 1029
- Cerles (A.)**, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 39 et s.
- Cerles (A.) et Séjean (M.)**, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 273 et s.
- Cévaër (A.) et Perrot (P.-E.)**, « La clause de réserve de propriété dans les cessions d'entreprises : pourquoi s'en priver ? », *Dr. et Patr.* mai 2011
- Chartier (Y.)**, « Rapport de synthèse », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 150 et s.
- Chasles (F.)**, « Responsabilité civile professionnelle et garanties de la clientèle », *Dr. et Patr.* janv. 2019
- Chauveau (M.)**, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *RCLJ* 1931, p. 539 et s.
- Chevrier (P.)**, « Le financement bancaire des marchés publics et son évolution », in *Les marchés publics et leur financement*, préf. J. Hamel, introduction J. Branger, Dalloz, 1962, p. 175 et s.
- Clerget (E.) et Gasselín (C.)**, « Les perspectives d'une garantie nouvelle : le nantissement », *LPA* 30 avril 2009, p. 32 et s.
- Combarieu (J.)**, « La purge amiable des privilèges et hypothèques », *JCP N* 2008. 1059
- Coquelet (M.-L.)**, « Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? », *RPC* mai-juin 2012, dossier 15
- Cornil (G.)**, « *Debitum et Obligatio* – Recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine », in *Mélanges P. F. Girard – Etudes de droit romain dédiées à M. P. F. Girard*, T. I, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 199 et s.
- Cornu (G.)**, « L'écrit dans les perspectives du droit – Réflexions sur un symbole et des pratiques », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. doctrine juridique, 1998, p. 247 et s. ;
- « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129 et s. ;
- « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 et s. ;
- « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s. ;
- « La loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 442 et s.
- Cosnard (H.-D.)**, « Le nantissement des marchés », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 563 et s.
- Cottet (M.)**, « Les classifications », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 43 et s.
- Couturier (G.)**, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *BJS* fév. 2008, p. 142 et s.
- Couturier (G.)**, « Les finalités et les fonctions du formalisme », *Deffrénois* 2000, n° 15-16, p. 880 et s.
- Cozian (M.)**, « La publicité du privilège du Trésor en matière fiscale », *JCP* 1968. I. 2199 ;
- « L'avis à tiers détenteur en matière de privilège du Trésor », *RTD Com.* 1967. 61
- Crocq (P.)**, « L'agent des sûretés et la dissociation des qualités de titulaire de la sûreté et de titulaire de la créance garantie », in *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 113 et s. ;

- « Opposabilité, publicité et connaissance des droits », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 289 et s. ;
- « Rapport de synthèse », in *Réforme du droit des sûretés et activités bancaires*, RDBF sept. 2018, dossier 34 ;
- « Rapport de synthèse du Colloque de la Fédération bancaire française du 24 octobre 2017 », *Banque et Droit* nov.-déc. 2017, p. 4 et s. ;
- « Le droit OHADA : avenir du droit français des sûretés ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 49 et s. ;
- « Liberté contractuelle et constitution d'un gage de stocks », *RLDC* déc. 2015 ;
- « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles – Constitution de la sûreté », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 25 et s. ;
- « La caution réelle, la caution personnelle et le tiers détenteur », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, p. 7 et s. ;
- « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 9 et s. ;
- « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective », *RPC* nov.-déc. 2009, dossier 18 ;
- « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cah. dr. ent.*, juill. 2009, dossier 21 ;
- « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *RPC* janv.-fév. 2009, dossier 10 ;
- « Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de propriétés-sûretés », in *Le monde du droit – Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 253 et s. ;
- « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse ? », *RLDC* déc. 2008 ;
- « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007. 1354 ;
- « Le nantissement de créance », *RLDC* juill. 2006 ;
- « Sûretés et proportionnalité », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291 et s. ;
- « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006. 1306 ;
- « La réserve de propriété », *JCP G* 2006. doct. 6 ;
- « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés », *Dr. et Patr.* janv. 2005 ;
- « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 171 et s. ;
- « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », in *Ruptures, mouvements et continuités du droit – Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 347 et s. ;
- « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et Patr.* juill. 2002 ;
- « La revente, après l'ouverture d'une procédure collective, de l'objet d'une réserve de propriété », in *Mélanges AEDBF-France III*, Banque éditeur, 2001, p. 109 et s. ;
- « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et Patr.* avril 2001 ;
- « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 349 et s. ;
- « Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie », *RTD Civ.* 1999. 152 ;
- « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 317 et s.

Croze (H.), « Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels », *JCP E* 1996. 546

Cuif (P.-F.), « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC* mars 2010

Cuniberti (G.), « Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA* 5 nov. 1999, p. 4 et s.

Dadoun (A.), « La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissaire », *Dr. et Patr.* déc. 2009

Dagot (M.), « Caractère accessoire de l'hypothèque », in *Mélanges offerts à Pierre Spiteri*, T. 1, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2008, p. 431 et s. ;

- « Promesse d'hypothèque, ou le paradis des illusions », *JCP N* 2007. 1065 ;

- « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP N* 1999. 381 ;

- « La notion de privilège », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 335 et s. ;

- « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986. 100224 ;

- « La publicité au bureau des hypothèques des contrats de crédit-bail immobilier », *JCP N* 1985. 9418

Dagrenat (O.), « Cautionnement hypothécaire donné par une société civile immobilière », *Gaz. Pal.* 9 juill. 2002, p. 8 et s.

Daigre (J.-J.), « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », *RDBF* juill. 2005, alerte 4 ;

- « Les procédures collectives, technique d'extinction du passif », in Y. Chaput (dir.), *L'apurement des dettes, solution au surendettement*, Etudes du CREDA, Litec, 1998, p. 287 et s.

Daigre (J.-J.) et Roussille (M.), « L'ordonnance du 24 février 2005 sur les garanties financières », *Dr. et Patr.* sept. 2005

Dammann (R.), « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 223 et s. ;

- « L'arrêt Belvédère : 1^{er} au box-office 2011 de la jurisprudence française », *Dr. et Patr.* avril 2012 ;

- « Le droit des sûretés à l'épreuve des procédures collectives », in J.-L. Vallens (dir.), *Crise du crédit et entreprises – Les réponses du droit*, Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2010, p. 71 et s. ;

- « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC* mai 2009 ;

- « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit* sept.-oct. 2005, p. 16 et s.

Dammann (R.) et Alle (A.), « Requiem pour le nantissement de compte bancaire ? », *D.* 2020. 1685

Dammann (R.) et Boché-Robinet (M.), « Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe », *D.* 2017. 1264

Dammann (R.) et Guermont (M.), « Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2018. 1160 ;

- « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.* 2018. 629

Dammann (R.) et Podeur (G.), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 752 ;

- « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009. 2094 ;

- « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives d'avenir », in *Mélanges AEDBF-France V*, Banque éditeur, 2008, p. 139 et s. ;

- « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre », *RLDC* mai 2008 ;

- « Fiducie et sauvegarde : deux réformes complémentaires », *BJS* fév. 2008, p. 88 et s. ;

- « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007. 1359 ;

- « Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *D.* 2007. 319

Dammann (R.), Dubois (Ph.), Dubertret (M.), Lelièvre (Y.) et Sénéchal (M.), « Table ronde : atouts et freins à l'essor de la fiducie-sûreté », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 38 et s.

Dammann (R.) et Rotaru (V.), « Plaidoyer pour une approche fonctionnelle du droit des sûretés », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 17, juin 2019, p. 21 et s.

Dareste (R.), « La *lex rhodia* », *NRHD* 1905, p. 429 et s.

Daublou (G.), « Les prêts à l'acquisition immobilière », *Deffrénois* 1994, p. 1057 et s.

Davy (S.), « Le créancier (pas si) nanti dans la cession de droit au bail », *Deffrénois* 30 oct. 2014, p. 1086 et s.

Decheix (P.), « La fiducie ou le sens des mots », *D.* 1997. 35

Degenhardt (J. E.), « La détermination de l'actif du débiteur sollicitant un rétablissement professionnel : faut-il prendre en compte des biens acquis sous réserve de propriété et le patrimoine affecté de l'EIRL ? », *BJE* 2014, p. 335 et s.

Dejoie (A.) et Phan Thanh (F.), « Définition et avenir du fonds artisanal », *LPA* 30 avril 2009, p. 15 et s.

De la Haye (R.), « Le greffier du tribunal de commerce dans la vie économique du pays », *RTD Com.* 1954. 61

Delaval (D.), « Le contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels », *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 1994, p. 3 et s.

Delebecque (Ph.), « « L'attractivité » du droit français : un mot d'ordre dépourvu de sens ? », in *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 185 et s.

- « Le droit de gage général des créanciers a-t-il un caractère égalitaire ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 247 et s. ;

- « Les sûretés sur créances monétaires », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain – Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, 2014, p. 85 et s. ;
- « Droit pénal et droit des sûretés », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – Regards croisés*, Editions Cujas, coll. Actes & Etudes, 2012, p. 139 et s. ;
- « Le régime des hypothèques », *JCP G* 17 mai 2006, doct. 8 ;
- « Sûretés réelles et procédures collectives », *Dr. et Patr.* juill. 2002 ;
- « L'article L. 132-2 du Code de commerce : le privilège du commissionnaire », in *Le juge et le droit de l'économie – Mélanges Pierre Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 211 et s. ;
- « Avant-propos », in *L'actualité du droit des sûretés*, *LPA* 17 juin 1998, p. 4 et s. ;
- « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, p. 124 et s. ;
- « Les nouvelles procédures civiles d'exécution », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 15 ;
- « Les sûretés judiciaires », *LPA* 6 janv. 1993, p. 93 et s. ;
- « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N* 1986. 100414

Delvolvé (P.), « Sécurité et sûreté », *RFDA* 2011. 1085

Demogue (R.), « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *RCLJ* 1901, p. 236 et s. ; p. 295 et s. ; p. 346 et s.

Deniau (P.) et Rouast-Bertier (P.), « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *RDBF* juill. 2008, étude 13

Derouvroy (B.), « Les instruments juridiques du crédit hypothécaire », in *Le crédit hypothécaire au service de l'économie*, 69^e congrès des notaires de France, Le Touquet, 1972, T. 2

Derrida (F.), « Très brefs propos sur la réforme de la « faillite » », *D.* 1993. 321 ;

- « A propos de la clause de réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit », *Defrénois* 1989, art. 34590, p. 1089 et s. ;
- « Le crédit et le droit des procédures collectives », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 67 et s. ;
- « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980. chron. XLI, p. 293 et s. ;
- « Le « super-privilège » des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973. 59 ;
- « Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *D.* 1967. chron. XXX, p. 251 et s. ;
- « La « dématérialisation » du droit de rétention », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 177 et s.

Derruppé (J.), « De la fiducie au crédit-bail », in *Religion, société et politique : mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 449 et s.

Desdevises (Y.), « Le titre exécutoire requis », in *Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, Procédures* n° 8-9, août 2008, dossier 3

Devaux (J.), « Privilège fiscal et privilège privé », *DH.* 1934, chron., p. 61 et s.

Devésa (Ph.), « La rétention de documents : contribution à la notion générale de rétention », *LPA* 19 juin 1995, p. 11 et s.

Didier (P.), « Monnaie de compte et compte bancaire », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 139 et s.

Dinh (E.), « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E* 2010. 1979

Dockès (E.), « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD Civ.* 1995. 479

Doise (D.), « Nantissement de monnaie, de comptes et de valeurs mobilières », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, p. 30 et s.

Donnier (M.), « Bilan du droit de la saisie-arrêt face au nouveau Code de procédure civile », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 199 et s.

Dreyfuss (L.), « La cession Dailly à titre de garantie, une opération à l'épreuve des procédures collectives ? », *RTD Com.* 2018. 869

Drobnig (U.), « La réforme française du droit des sûretés réelles », *D.* 2007. 1488

Dross (W.), « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *Dr. et Patr.* fév. 2011

Dubarry (J.), « La responsabilité civile du notaire comme curseur des enjeux contemporains de la profession », *Dr. et Patr.* mars 2020

- Dubois (Ph.) et Terrier (G.),** « Réflexions sur l'article 93 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 389 et s.
- Dumont-Lefrand,** « Le créancier titulaire de sûretés « agricoles » », *RPC* sept.-oct. 2018, dossier 34
- Dupichot (Ph.),** « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », in *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 209 et s. ;
- « Les sûretés du financement d'acquisition immobilière », *JCP N* 2015. 1095 ;
 - « Rapport introductif », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 15 et s. ;
 - « Rapport de synthèse », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 89 et s. ;
 - « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dr. et Patr.* mai 2010 ;
 - « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA* 16 avril 2010, p. 7 et s. ;
 - « La fiducie-sûreté en pleine lumière – A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009. doctr. 132 ;
 - « Le nantissement », *LPA* 27 mars 2008, p. 27 et s. ;
 - « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007. 121 ;
 - « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC* juill. 2006 ;
 - « La réforme du régime hypothécaire », *D.* 2006. 1291
- Dupont-Légrand (B.),** « Droit de rétention fictif et nantissement de créances : l'exclusivité au paiement ? », *RRJ* 2012-4, p. 1826 et s.
- Dupuis-Flandin (M.-A.),** « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 789 et s.
- Durand (P.),** « Etranges innovations en droit hypothécaire », *D.* 1952. 1
- Dureuil (B.) et Mestre (J.),** « La « purge » des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 », *RPC* 1989, p. 389 et s.
- Durry (G.),** « Hypothèque et assurance », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 27 et s.
- Eisenmann (C.),** « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit*, *APD*, T. 11, 1966, p. 25 et s.
- Epschtein (S.),** « Le nantissement des marchés publics et leur révision », *RTD Com.* 1958. 305 ;
- « Les garanties du compte courant et la faillite », *Banque* 1957, p. 134 et s.
- Etter (J.) et Gobin (S.),** « Sûretés consenties en garantie d'un crédit et proportionnalité », *RDBF* sept.-oct. 2015, étude 15
- Fangain (P.),** « La réforme du droit de la faillite », *Gaz. Pal.* 9 oct. 1976, II, p. 578 et s.
- Farge (M.),** « Des privilèges mobiliers », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 129 et s. ;
- « La protection du dirigeant garant », in N. Borga (dir.), *La protection du dirigeant social*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 63 et s. ;
 - « La réception en France des sûretés constituées à l'étranger », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 73 et s.
- Farageaud (Ph.),** « Le fichier (ou casier) commercial », *RTD Com.* 1965. 1
- Farjat (G.),** « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », in P. Kahn (dir.), *Droit et monnaie : Etats et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 101 et s.
- Fasquelle (D.),** « Le nantissement des valeurs mobilières », *RTD Com.* 1995. 1
- Faure (C.),** « Le rôle du juge-commissaire dans la vérification des créances », *RPC* nov.-déc. 2019, dossier 44
- Favario (T.),** « La responsabilité des créanciers pour les concours consentis », *RPC* janv.-fév. 2020, dossier 6
- Favre-Rochex (C.),** « Retour sur la répétition de l'indu et l'ordre des droits de préférence », *D.* 2020. 200
- Ferrari,** « Allocution du Président Ferrari », in *L'égalité compromise par la multiplication des privilèges – XVII^e congrès des syndicats et administrateurs*, *Gaz. Pal.* 7 déc. 1978, p. 608 et s.
- Ferreira (G.),** « Le nantissement de second rang sur compte d'instruments financiers », *JCP E* 2005. 80
- Ferry (C.) et Bignon (J.-C.),** « Les opérations de pensions », *JCP E* 1994. 389

- Fille-Lambie (O.) et Laisney (L.-J.),** « Le nantissement de créance, supplétif ou alternative à la cession Dailly ? », *Banque et Droit* juill.-août 2010, p. 3 et s.
- Flour (J.),** « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – études offertes à Georges Ripert*, T. I, Pichon et Durand-Auzias, 1950, p. 93 et s.
- Fornacciari (T.) et Bourbouloux (H.),** « L'épisode Camaïeu : retour sur l'efficacité de la fiducie-sûreté sur droits sociaux », *BJE* mai 2019, p. 72 et s.
- Foyer (J.),** « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », in *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Etudes à la mémoire du Doyen Pierre Azaïs*, Cujas, 1980, p. 55 et s. ;
- « Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 15 et s.
- François (J.),** « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.* 2012. 1493 ;
- « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 149 et s. ;
 - « L'obligation de la caution réelle », *Defrénois* 2002, p. 1208 et s. ;
 - « L'exercice du privilège et du droit de rétention du commissionnaire de transport sur des marchandises n'appartenant pas au débiteur », *RJ Com.* 1995. 129
- Françon (A.),** « L'usufruit des créances », *RTD Civ.* 1957. 1
- Frémeaux (E.),** « Pour l'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2016. 1102 ;
- « L'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2006. 1196 ;
 - « Les modes actuels d'affectation d'un immeuble en garantie », *Dr. et Patr.* mars 2003
- Frison-Roche (M.-A.),** « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », in *Procédures collectives et droit des affaires, morceaux choisis – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Editions Frison-Roche, 2000, p. 109 et s.
- Gabet-Sabatier (C.),** « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD Civ.* 1980. 39
- Gallois (A.),** « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010. 335
- Garcin (W.) et Thieffry (J.),** « La clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt ? », *Gaz. Pal.* 24 avril 1980, doct., p. 193 et s.
- Gaudemet (A.),** « La cession des biens meubles corporels grevés de sûretés réelles dans les procédures collectives », *RPC* mars-avril 2015, dossier 28
- Gautier (P.-Y.),** « Rapport de synthèse », in *L'immatériel*, *APD*, T. 43, 1999, p. 233 et s.
- Gauvin (A.) et Eliet (G.),** « Transposition en droit français de la directive « collatéral » », *RDBF* mars 2005, 74
- Gavalda (C.),** « L'assemblée annuelle du Conseil des Gouverneurs de la B.E.R.D. », *LPA* 8 juin 1994
- Gavalda (C.) et Stoufflet (J.),** « La loi du 24 janvier 1984 », *JCP* 1985. I. 3176
- Gavanon (I.),** « Le nantissement de logiciel dans la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une sûreté version bêta », *JCP E* 1995. 472
- Gelpi (B.),** « Le droit de réutilisation », *RDBF* janv. 2007, dossier 3
- Gervesie (P.),** « Avocat et privilège », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 43 et s.
- Ghalimi (N.),** « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* 19 déc. 2014, p. 4 et s.
- Ghestin (J.),** « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981. 1 ;
- « La clause de réserve de propriété – Rapport de droit civil », in W. Garcin et J. Thieffry (dir.), *La clause de réserve de propriété*, colloque du Centre de droit de l'entreprise de Montpellier, Librairies Techniques, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1981, p. 35 et s.
- Ghozi (A.),** « Sur la dualité du droit de rétention », in *le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 719 et s. ;
- « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986. 317
- Gijsbers (C.),** « L'influence de la réforme du droit des sûretés sur le droit de la construction », *RDI* 2018. 200 ;
- « La réalisation *post mortem* des sûretés », *JCP N* 2017. 1145 ;

- « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et Patr.* juill. 2016 ;
- « Dix ans après : l'hypothèque immobilière revivifiée ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 163 et s. ;
- « Défense d'un *numerus clausus* des sûretés réelles », in L. Andreu (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2015, p. 233 et s. ;
- « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC* mars 2014

Gijsbers (C.) et Julienne (M.), « La clause de blocage conservatoire du compte nanti », *RLDC* janv. 2015

Gilissen (J.), « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles – Essai de synthèse générale », in *Les sûretés personnelles*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparée des institutions, T. CCVIII, Editions de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1974, p. 5 et s.

Gillet (F.), « Le crédit de l'entreprise et la sécurité de ses bailleurs de fonds », *Banque* déc. 1973, p. 1083 et s.

Ginestet (C.), « La qualification des sûretés », *Defrénois* 1999, art. 36927 et 36940, p. 80 et s. et p. 203 et s.

Ginossar (S.), « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962. 573

Gissinger (P.), « Garanties financières et opérations de marché », *RDBF* janv. 2007, dossier 4

Gobert (M.), « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 207 et s.

Gobin (A.), « Fiducies sans la fiducie », *JCP N* 1994. 101109

Gouëzel (A.) et Bougerol (L.), « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018. 678

Gourio (A.), « Comment les banques utilisent-elles les sûretés ? », *RDBF* sept. 2018, dossier 33 ;

- « Entreprise et crédit », *Gaz. Pal.* 19 mai 2011, p. 29 et s. ;
- « La fiducie-sûreté : utilité et avenir », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 71 et s. ;
- « L'hypothèque rechargeable », *RDBF* sept. 2006, étude 14

Gout (O.), « Le cautionnement réel », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 93 et s. ;

- « Le droit français des sûretés réelles est-il attractif ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 13 et s. ;
- « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD Civ.* 2013. 255

Grimaldi (M.), « Synthèse », in *La poursuite contre les tiers non débiteurs*, colloque organisé par l'AAPPE, 16 septembre 2011, p. 79 et s. ;

- « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 5 et s. ;
- « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* déc. 2010 ;
- « Rapport de synthèse », in *Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application*, *LPA* 27 mai 2008, p. 74 et s. ;
- « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP G* n° hors-série, mai 2006 ;
- « Orientations générales de la réforme », *Dr. et Patr.* sept. 2005 ;
- « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », in *Liber amicorum, Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2005, p. 169 et s. ;
- « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Defrénois* 1999, p. 193 et s. ;
- « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 26 juin 1996, p. 7 et s. ;
- « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », 1^e partie, *Defrénois* 1991, p. 897 et s.

Grimaldi (M.) et Dammann (R.), « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009. 670

Grimaldi (M.) et Dupichot (Ph.), « Durée et sûretés », *RDC* janv. 2004, p. 95 et s.

Grimaldi (M.), Mazeaud (D.) et Dupichot (Ph.), « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017. 1717

Grua (F.), « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993. 59 ;

- « Le cautionnement réel », *JCP N* 1986, art. 100093

- Guillouard (L.)**, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, T. 1, Arthur Rousseau, 1904, p. 415 et s.
- Guilmois (L.) et Figeroux (E.)**, « Hypothèque et indivision », *Gaz. Pal.* 7 juin 2003, p. 8 et s.
- Gulphe (P.)**, « Quelques réflexions sur l'institution d'un *trust* à la française », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 159 et s.
- Gutmann (D.)**, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens – Les ressources du langage juridique », in *L'immatériel, APD*, T. 43, 1999, p. 65 et s.
- Guyon (Y.)**, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 121 et s.
- Hamel (J.)**, « Le gage sans dépossession », *D.* 1945. chron., p. 37 et s. ;
- « Les nouveaux privilèges du Trésor et le rang du Trésor par rapport aux créanciers gagistes », *RTD Civ.* 1936. 363
- Hansenne (J.)**, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 325 et s.
- Hauser (J.)**, « Raison », *JCP G* 2017. 598 ;
- « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable », *RLDC* juin 2011 ;
 - « La notion de salaire et le droit privé », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 373 et s.
- Hart de Keating (C.), Lécuyer (H.) et Dammann (R.)**, « Gage, nantissement, droit de rétention et fiducie », *LPA* 22 avril 2010, p. 4 et s.
- Hébert (S.)**, « Le pacte commissaire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007. 2052
- Hébraud (P.)**, « L'exécution des jugements civils », *RIDC* vol. 9, janv.-mars 1957, p. 170 et s. ;
- « La réalisation des droits des créanciers dans la saisie immobilière », *DH* 1939. chron. VI, p. 21 et s.
- Hémard (J.)**, « La restauration des droits du créancier gagiste en matière commerciale par la jurisprudence française », in *Mélanges Roger Secrétan*, Imprimerie Corbaz, 1964, p. 95 et s.
- Henriot (J.)**, « De l'obligation comme chose », in *Les biens et les choses en droit, APD*, T. 24, 1979, p. 235 et s.
- Hinfray (A.)**, « La fiducie et le bail commercial en droit français », *AJDI* 2012. 85
- Hocquard (J.-M.)**, « Le pacte commissaire en matière immobilière : une fausse bonne idée ? », *Dr. et Patr.* nov. 2005
- Hontebeyrie (A.)**, « Le gage et le nantissement », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 21 et s. ;
- « Le gage sans dépossession et l'immeuble par destination », *JCP N* 2016. 1108 ;
 - « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC* mars 2014
- Hoonakker (Ph.)**, « La civilisation de l'exécution forcée », in C. Brenner (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Editions Juridiques et Techniques, 2007, p. 63 et s. ;
- « Réflexions sur l'adjudication au poursuivant à défaut d'enchère », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 867 et s.
- Houin (R.)**, « Exposé introductif », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 7 et s. ;
- « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP* 1980. I. 2978 ;
 - « Les privilèges du Trésor et des administrations publiques en matière de faillite », in *Etudes de droit contemporain – Contributions françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de droit comparé*, T. III, Sirey, coll. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1959, p. 65 et s.
- Houin-Bressand (C.)**, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *RDBF* mars 2010, dossier 12
- Houin-Bressand (C.) et Pérochon (F.)**, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 16
- Houssin (M.)**, « Le test du respect des intérêts des créanciers ou « *best interest test* » », *RPC* juill.-août 2018, étude 19 ;

- « Une nouvelle utilisation des mécanismes fiduciaires dans la procédure collective », *LPA* 16 avril 2018, p. 7 et s.
- Houtcief (D.)**, « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? », *RLDC* nov. 2009 ;
- « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8 et s.
- Hugon (C.)**, « La réalisation forcée des propriétés intellectuelles en droit français », *Les Cahiers de droit* juin 2018, 59-2, p. 425 et s. ;
- « Les incidences sur les sûretés réelles des voies d'exécution », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 115 et s.
- Izorche (M.-L.)**, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 1, Litec, 1998, p. 53 et s.
- Jacob (F.)**, « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et Patr.* juill. 2007
- Jacomet (T.) et Béjinaru (A.)**, « La clause de retour à meilleure fortune », *BJS* mai 1996, p. 365 et s.
- Jacomet (T.) et Farmine (F.)**, « La vente d'actions avec réserve de propriété », *BJS* nov. 1991, p. 977 et s.
- Jacomin (C.) et Lacourte (B.)**, « De l'intérêt du pacte commissaire dans les sûretés réelles », *RLDC* déc. 2012
- Jallamion (C.)**, « Le rôle des notaires dans la création et le succès des sûretés réelles », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 5 et s.
- Jambu-Merlin (R.)**, « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ? » in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 305 et s.
- Jamin (C.)**, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 175 et s. ;
- « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 501 et s.
- Jauffret (A.)**, « Les sûretés réelles sur les vins », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 423 et s.
- Jazottes (G.)**, « La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *RPC* mai-juin 2015, dossier 38
- Jenselme (G.)**, « Clause de réserve de propriété et logiciel », *LPA* 14 sept. 1994
- Jestaz (Ph.)**, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 227 et s.
- Jobard-Bachelier (M.-N.)**, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD Civ.* 1985. 1
- Josserand (L.)**, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 95 et s.
- Jourdain (P.)**, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303 et s.
- Juillet (C.)**, « Un retour aux sources pour le droit de rétention », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 43 et s. ;
- « Plaidoyer en faveur de l'hypothèque de biens à venir », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1111 et s. ;
- « Le gage de meubles corporels dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 147 et s. ;
- « Le nantissement de monnaie scripturale dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC* mars 2018 ;
- « La réforme du gage de stocks », *D.* 2016. 561 ;
- « Les garanties mobilières sur les meubles corporels avec ou sans dépossession », in C. Larroumet (dir.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Ed. Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 11 et s. ;
- « La sûreté hypothécaire unique en droit français », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 12 ;

- « Les sûretés réelles en quête de droit commun – Rapport introductif », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 33 ;
- « Risques et sûretés », in L. Nurit-Pontier et S. Rousseau (dir.), *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012, p. 307 et s. ;
- « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 241 et s.

Julienne (M.), « Pitié pour le nantissement de compte ! », *RDC* juin 2020, p. 56 et s. ;

- « Encore un nouveau gage ?! La loi PACTE et la financiarisation des sûretés », *RD* n° 19, déc. 2019, p. 144 et s. ;
- « Le nantissement de titres financiers inscrits en *blockchain* », in V. Magnier et P. Barban (dir.), *Blockchain et droit des sociétés*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2019, p. 51 et s. ;
- « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RDBF* nov.-déc. 2018, études 19 ;
- « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *RPC* juill.-août 2018, dossier 16 ;
- « Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir ? », *RDC* juin 2018, p. 318 et s. ;
- « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », *D.* 2016. 1266 ;
- « Le nantissement de créance : un outil efficace ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2016, p. 133 et s. ;
- « L'acte authentique dans le nouveau droit du gage », *JCP N* 2016. 1107 ;
- « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF* mars 2016, dossier 15 ;
- « La nature juridique du nantissement de créance », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 315 et s. ;
- « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier ? », *Dr. et patr.* juill. 2015 ;
- « Le régime du gage : droit commun du nantissement ? », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 40 ;
- « Le paiement des obligations démembrées (*usufruit et nantissement de créance*) », in M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, p. 117 et s.

Julienne (M.) et Praicheux (S.), « Réforme du Code civil, crise financière, blockchain : où en sont les garanties financières ? », *RDBF* sept. 2018, dossier 32

Julliot de la Morandière (L.), « L'ordre public en droit privé interne », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 381 et s.

Kaczmarek (L.), « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009. 1845

Kanayama (N.), « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » - Donner, faire, ne pas faire... et garantir ? », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 375 et s.

Kessler (G.), « Action paulienne et droits réels », *D.* 2004. 3098

Kreuzer (K.), « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *RCDIP* 1995. 465

Kuhn (C.), « Le droit commun du gage », *LPA* 27 mars 2008, p. 37 et s.

Kuntz (J.-E.) et Cavalier (J.), « Notification d'une cession Dailly ou d'un nantissement de créances et exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *BJE* mars 2015, p. 123 et s.

Kuntz (J.-E.) et Nurit (V.), « La cession de créances Dailly à titre de garantie à l'épreuve du plan de sauvegarde », *BJE* janv. 2014, p. 58 et s.

Labbé (J.-E.), « Des privilèges spéciaux sur les créances », *RCLJ* 1876, p. 571 et s. et p. 665 et s.

Lafaurie (K.), « Retour et projection sur le sort de la clause de réserve de propriété en cas d'effacement de dette (à propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés) », *Dr. et Patr.* avril 2019

Lafond (J.), « La vente d'immeuble avec transfert de propriété différé », *JCP N* 1996, p. 921 et s.

Lagarde (X.), « Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? », *JCP G* 2005. doctr. 182

Lamoureux (P.), « La garantie offerte par l'hypothèque sur les navires, les bateaux et les aéronefs », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 262 et s.

Lanzara (D.), « La nature juridique du transfert de la charge de la sûreté », *BJE* nov. 2016, p. 448 et s.

Lapasse (P. de), « La convention-cadre relative aux opérations de pension », *Bulletin de la Banque de France*, n° 13, janv. 1995, p. 91 et s.

Laroche (M.), « Le juge-commissaire et les revendications et restitutions », *RPC* nov.-déc. 2019, dossier 42 ;

- « Les classes de créanciers : promesses et risques », *APC* sept. 2019, repère 190

Larroumet (C.), « Obligation réelle et obligation personnelle », *RD* n° 7, fév. 2013, p. 89 et s. ;

- « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie – Propos critiques », *D.* 2007. 1350 ;
- « La fiducie inspirée du *trust* », *D.* 1990. 119 ;
- « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990. 15877

Lasserre (M.-C.), « La paralysie de la fiducie-sûreté », *LPA* 11 fév. 2011, p. 3 et s.

Lasserre Capdeville (J.), « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCP E* 2016. 1434

Laude (A.), « La fongibilité », *RTD Com.* 1995. 307

Lauvergnat (L.), « Le privilège d'exécution du bailleur d'immeuble », *Procédures* n° 8-9, août 2011, étude 9

Leblond (N.), « La banque et l'assurance du bien financé », *RDBF* janv.-fév. 2015, dossier 6

Le Cannu (P.), « La poursuite d'activité », *Dr. et Patr.* déc. 2009 ;

- « Le nantissement conventionnel des actions », *BJS* nov. 1993, p. 1091 et s.

Le Corre (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, p. 80 et s. ;

- « La récupération des avances de l'AGS à l'épreuve des autres créanciers », *RPC* mars-avril 2019, dossier 6 ;
- « Liens entre les grands concepts du droit des entreprises en difficulté », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 85 et s. ;
- « L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté », in F. Macorig-Venier (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 213 et s. ;
- « La vente de biens grevés de sûretés en période d'observation », *Gaz. Pal.* 12 avril 2016, p. 80 et s. ;
- « Du privilège occulte de la conciliation », *Gaz. Pal.* 13 oct. 2012, p. 3 et s. ;
- « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », *Gaz. Pal.* 8 janv. 2011, p. 13 et s. ;
- « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives – L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil aux gagistes sans dépossession », *JCP E* 2009. 1204 ;
- « Les clôtures », *RPC* mars-avril 2008, dossier 14, p. 136 et s. ;
- « Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA* 29 mars 2006, p. 9 et s. ;
- « Le cautionnement réel à l'épreuve des procédures collectives », *JCP E* 2002. 886 ;
- « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001. 2815 ;
- « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », *LPA* 19 mai 1999, p. 4 et s.

Le Corre (P.-M.), Dammann (R.) et Podeur (G.), « Le droit de rétention fictif au cœur de tous les débats », *BJE* juill. 2011, p. 227 et s.

Le Corre-Broly (E.), « Le prêteur subrogé dans la clause de réserve de propriété », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly éditions, 2017, p. 111 et s. ;

- « Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations », *D.* 2014. 440 ;
- « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », *JCP E* 2013. 1446

Leduc (F.), « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD Civ.* 1995. 307

Legeais (D.), « Propos conclusifs », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 151 et s. ;

- « Le droit français, modèle ou anti-modèle ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 27 et s. ;
- « Sûreté réelle – Privilège », *RDBF* mars 2017, comm. 77 ;
- « De l'efficacité des garanties », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 427 et s. ;
- « Quel avenir pour le droit de rétention ? », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 42 ;
- « Proportionnalité et cautionnement, ou l'histoire de deux parallèles qui se croisent », in *Mélanges AEDBF-France VI*, Banque éditeur, 2013, p. 349 et s. ;
- « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », in *Etudes de droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 237 et s. ;
- « Projet de réforme du droit des procédures collectives », *RDBF* mai 2008, comm. 67 ;

- « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Dr. et Patr.* sept. 2007 ;
 - « La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives », *Revue des sociétés* 2007. 687 ;
 - « Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile », *JCP E* 2007. 1482 ;
 - « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 367 et s. ;
 - « Réserve de propriété et cession Dailly : bilan contrasté de la propriété-garantie », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Joly Editions, 2005, p. 347 et s. ;
 - « Une symphonie inachevée », *RDBF* mai 2005, dossier 1 ;
 - « Rapport français – Les nouvelles fonctions de la propriété », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Vietnamiennes, T. LIII, Société de Législation Comparée, 2006, p. 419 et s. ;
 - « L'avenir du « Dailly » », in *Mélanges AEDBF-France III*, Banque éditeur, 2001, p. 219 et s. ;
 - « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 365 et s.
- Legrand (F.)**, « Pratique des répartitions », *RPC* nov.-déc. 2019, prat. 2 ;
- « Le traitement différencié des créanciers dans le cadre du plan de sauvegarde et du plan de redressement », *Cah. dr. ent.* 2016/4, dossier 35
- Le Gueut (T.)**, « La propriété, source de préférence : le principe d'égalité contourné - Le sort des propriétaires de sommes d'argent », *BJE* nov. 2019, p. 62 et s.
- Lèguevaques (C.), Roussel-Galle (Ph.), Gorrias (S.), Bremond (G.), Gendrot (H.), Saigne (Ph.) et Valliot (R.)**, « La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges... et moins de privilégiés », *LPA* 21 sept. 2006, p. 39 et s.
- Lejeune (F.)**, « Une sûreté nouvelle : l'antichrèse-bail », *Journal des notaires*, 5 janv. 1986, n° 1, art. 58565, p. 571 et s.
- Lelieur (J.)**, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », *RRJ* 2007-3, p. 1235 et s.
- Leloup-Thomas (V.), Pérochon (F.), Rossi (P.) et Roussel-Galle (Ph.)**, « La déclaration des créances version 2014, la fin des ennuis pour les créanciers ? », *BJE* nov. 2014, p. 396 et s.
- Le Nabasque (H.)**, « La « réalisation » du pacte commissaire et les procédures collectives », in *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 273 et s.
- Le Nabasque (H.), Gaillard (J.-M.) et Baffreau (M.)**, « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers », *RDBB* mai-juin 1998, p. 81 et s.
- Léoty (D.)**, « La nature juridique de la dation en paiement – La dation en paiement, paiement pathologique ? », *RTD Civ.* 1975. 12
- Leveueur-Azémar (M.)**, « Eclairage de droit comparé sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2020. 165
- Lévy (J.-Ph.)**, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », in *Diachroniques – Essais sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*, Editions Loysel, 1995, p. 169 et s.
- L'Homme (J.)**, « Réalisation du nantissement d'actions de société ad hoc ou de projet : « substitutions » réciproques aux effets inappropriés (?) », *RDBF* nov. 2012, étude 29
- Libchaber (R.)**, « Eclairage – Feu la théorie du patrimoine », *BJS* avril 2010, p. 316 et s. ;
- « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, 1^e partie, p. 1094 et s. ;
 - « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Deffrénois, 2005, p. 303 et s. ;
 - « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *D.* 1997. 615
- Lienhard (A.)**, « Le sort de la cession de créance de loyers en cas de procédure collective du cédant », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 601 et s.
- « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 475 et s.
- Lisanti (C.)**, « Le nantissement du patrimoine affecté ? », *Cah. dr. ent.*, mai 2011, dossier 18 ;
- « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ? », in S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti (dir.), *Evolution des sûretés réelles, regards croisés université-notariat*, Litec, Colloque et débats n° 15, 2008, p. 53 et s. ;

- « Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *D.* 2006. 2671

Loiseau (G.), « Le nantissement de films cinématographiques », *Dr. et Patr.* juill. 2002

Lucas (F.-X.), « L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », *BJE* nov. 2019, p. 78 et s. ;

- « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles – Efficacité de la sûreté », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2015, p. 30 et s. ;
- « La revendication des biens immatériels à l'occasion d'une procédure collective – Contribution à l'étude de la distraction de saisie collective », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 533 et s. ;
- « Les sûretés, grandes absentes de la réforme », *LEDEN* juin 2014, p. 1 ;
- « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *RPC* nov.-déc. 2009, dossier 17 ;
- « L'AGS et le droit martyrisés par la Chambre sociale », *BJS* mars 2009, p. 221 ;
- « Fiducie vs sauvegarde, un arbitrage équilibré », *BJS* fév. 2009, p. 105 et s.

Lucas (F.-X.) et Sénéchal (M.), « Fiducie vs Sauvegarde, il faut choisir », *D.* 2008. 29

Luchaire (F.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* déc. 2001

Luciano (K.), « Fiducie-sûreté et plan de cession », *RPC* mars-avril 2011, étude 9

Lutun (O.), « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RDBF* juill. 2003, dossier 100048

Macorig-Venier (F.), « L'avant-projet de réforme des sûretés de l'Association Henri Capitant et les modifications apportées au Livre VI du Code de commerce », *BJE* janv. 2018, p. 10 et s. ;

- « Les créanciers et leurs garanties », *RPC* nov.-déc. 2015, dossier 53 ;
- « L'alternative à la cession des biens grevés : l'attribution en propriété », *RPC* mars-avril 2015, dossier 30 ;
- « Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté », in Ph. Roussel-Galle (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 405 et s. ;
- « Observations sur l'EIRL et les sûretés », *BJS* mars 2011, p. 253 et s. ;
- « L'exclusivité », *LPA* 11 fév. 2011, p. 59 et s. ;
- « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Dr. et Patr.* janv. 2010 ;
- « L'effacement des dettes dans le droit du surendettement », *Dr. et Patr.* sept. 2009 ;
- « La modernisation du droit des sûretés – Les propositions de la Commission Grimaldi », in G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, coll. colloques et débats, 2007, p. 45 et s. ;
- « Le pacte comissoire (et les sûretés réelles mobilières) », *RLDA* mars 2007 ;
- « Immeuble et droit de rétention », in *L'immeuble et le droit – Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Editions législatives, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 333 et s. ;
- « L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, T. 1, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 413 et s. ;
- « L'évolution chaotique de la situation des créanciers titulaires de sûretés », *RLDA*, suppl. au n° 80, mars 2005

Magnier (V.), « Le nantissement d'actions indisponibles », *RTD Com.* 2002. 433

Mairot (A.), « La réserve de propriété analysée en une obligation réelle », *Defrénois* 30 mars 2007, p. 399 et s.

Malaurie (Ph.), « Rapport de synthèse », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *Cah. dr. ent.*, 1995/5, p. 46 et s. ;

- « Extraits des débats », in *La fiducie, une révolution dans notre droit*, *Banque et Droit* janv.-fév. 1991, p. 10 et s.

Malinvaud (Ph.), « Le privilège du bailleur et les meubles qui n'appartiennent pas au preneur », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 578 et s.

Mallet-Bricout (B.), « Bien et immatériel en France », in *L'immatériel*, Journées Espagnoles de l'Association Henri Capitant, T. LXIV, Bruylant, 2014, p. 149 et s. ;

- « Eléments constitutifs de la possession : permanence ou renouvellement des débats ? », *Dr. et Patr.* nov. 2013 ;

- « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297 et s.
- « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E* 2010. 1191

Marini (Ph.), Rapport au Sénat n° 442, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, disponible à l'adresse <http://www.senat.fr/rap/108-442/108-4421.pdf>

Marly (P.-G.), « De quelques avatars du gage de compte d'instruments financiers », *Banque et Droit* sept.-oct. 2005, p. 32 et s.

Martial-Braz (N.), « Garanties et financement des films : un jour sans fin... », *Entertainment – Droit, médias, art, culture* 2017/4, p. 293 et s. ;

- « L'approche unitaire des sûretés mobilières, solution pour le droit français ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 35 et s. ;
- « L'opposabilité de l'hypothèque unique », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 14 ;
- « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *RPC* mars-avril 2015, dossier 29 ;
- « Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète ? », *RDBF* sept. 2014, dossier 35 ;
- « Grandeur et décadence du droit de rétention », *RLDC* avril 2011 ;
- « La conjugaison du droit des sûretés réelles au temps des propriétés intellectuelles », *RLDI* déc. 2005

Martin (D.), « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Joly Editions, 2005, p. 359 et s. ;

- « L'antichrèse », *JCP N* 1987. I. 299 ;
- « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », *D.* 1986. chron. LIV, p. 325 et s.

Martin (D. R.), « Grâce ! pour la réserve de propriété », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 229 et s. ;

- « De la cession de créance professionnelle », *Banque et Droit* mai-juin 2019, p. 17 et s. ;
- « Du gage-espèces », *D.* 2007. 2256 ;
- « La propriété, de haut en bas », *D.* 2007. 1977 ;
- « De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi) », *RDBF* mars 2006, étude 4 ;
- « Quel gâchis ! », *RDBF* mai 2005, dossier 2 ;
- « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002. 3279 ;
- « Du gage d'actifs scripturaux », *D.* 1996. 263 ;
- « De la monnaie », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 333 et s. ;
- « Des sûretés mobilières spéciales dans le nouvel article 40 de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA* 14 sept. 1994 ;
- « Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels », *RDBB* janv.-fév. 1992, p. 2 et s. ;
- « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », *D.* 1987. chron., p. 229 et s. ;
- « La condition juridique du créancier bénéficiaire d'un nantissement de marché public », *RTD Com.* 1977. 43

Martin (F.), « Le principe de spécialité de l'hypothèque – Application et évolution », *Dr. et Patr.* nov. 2005

Martin (L. M.), « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Banque* déc. 1975, p. 1133 et s.

Martin-Serf (A.), « L'interprétation extensive des sûretés réelles en matière commerciale », *RTD Com.* 1980. 677

Matsopoulou (H.), « Les spécificités du délit de détournement de gage », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint – Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 429 et s. ;

- « Les aspects actuels du gage automobile », *RTD Com.* 1998. 795

Maclair (S.), « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in C. Thibierge et alii, *La force normative – naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 223 et s.

Maynadier (A.), « La fiducie-sûreté face au pacte comissoire : leurre ou panacée ? », *JCP E* 1998, p. 932 et s.

Mazeaud (D.), « Rapport français », in *L'endettement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Argentines T. XLVI, LGDJ, 1995, p. 127 et s.

Mazeaud (V.), « Responsabilité civile et droit des sûretés », *RCA* mai 2017, dossier 6

Menjuq (M.), « Un rééquilibrage au profit des créanciers », *Banque*, suppl. au n° 838, déc. 2019, p. 72 et s. ;

- « Fiducie : la réforme de trop ? », *RPC* nov.-déc. 2009, repère 6

Menjuq (M.), Baron (J.), Dammann (R.) et Ehret (P.), « Le droit allemand de l'insolvabilité : un modèle pour la transposition de la directive restructurations préventives en droit français ? », *RPC* janv.-fév. 2020, table ronde n° 1

Menjuq (M.), Boché-Robinet (M.), Chernet (M.), Jouve (L.) et Thévenot (C.), « L'élaboration des plans », *RPC* janv.-fév. 2019, table ronde n° 1

Menjuq (M.), Bourbouloux (H.), Gorrias (S.) et Spizzichino (L.), « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *RPC* mai-juin 2019, table ronde n° 2

Menjuq (M.), Carrière (V. de), Desteract (B.) et Etienne-Martin (E.), « L'activité des entreprises en difficulté en période d'observation », *RPC* sept.-oct. 2019, entretien 3

Mestre (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439 et s. ;

- « Le gage des choses futures », *D.* 1982. chron., p. 141 et s. ;

- « La pluralité d'obligés accessoires », *RTD Civ.* 1981. 1

Météyé (T.), « *Quid* de l'AGS dans le problématique procédures collectives / sûretés réelles ? », *RPC* juill.-août 2018, dossier 25 ;

- « Garantie AGS : jusqu'où peut-on aller trop loin ? », *Dr. soc.* 2002. 972

Mignot (M.), « L'antichrèse et l'hypothèque », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 55 et s. ;

- « Les principes généraux (droit commun) des sûretés en général et des sûretés personnelles et réelles en particulier (art. 2284 à 2287 avant-projet) », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 17 et s. ;

- « *Le numerus clausus* et les sûretés réelles », in L. Andreu (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2015, p. 195 et s. ;

- « La nature juridique du gage immobilier », *LPA* 4 déc. 2014, p. 7 et s. ;

- « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente », *JCP N* 2012. 1340 ;

- « L'EIRL et les sûretés », *RRJ* 2011-3, p. 1455 et s. ;

- « Le nantissement de quota d'émission de gaz à effet de serre », *RDBF* juill. 2009, étude 26 ;

- « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RDBF* janv. 2010, étude 2

Millet (R.), « Etude sur l'hypothèque maritime », *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, fév. 1874, p. 94 et s.

Minor (P.) et Coatalem (C.), « De la souplesse du gage de compte d'instruments financiers », *RDBF* nov. 2004, prat. 100080

Molfessis (N.), « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit* mai-juin 2000, p. 4 et s.

Monassier (B.) et Michel (F.), « Les sûretés ne sont plus sûres... », *Dr. et Patr.* avril 2001

Mondino (J.), « La fiducie : aspects comptables », *JCP E* 2007. 2057

Monnerie (C.), « Mise en perspective du nantissement cinématographique : tentative d'identification entre théorie et pratique », *CCE* mai 2006, étude 12

Monsérié-Bon (M.-H.), « *Quid* des sûretés réelles dans le plan de cession ? », *RPC* juill.-août 2018, dossier 19 ;

- « L'effet réel », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 63 et s. ;

- « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr et Patr.* sept. 2009

Montéran (T.), « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. Pal.* 24 janv. 2008, p. 3 et s.

Morgan de Rivery (A. M.), « La publicité du gage », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, p. 85 et s. ;

- « L'informatisation des sûretés mobilières : réalité ou utopie ? », *Banque et Droit* janv.-fév. 1989, p. 21 et s.

Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972. chron. XVII, p. 91 et s. ;

- « De l'impossibilité juridique de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *RCDIP* 1948, p. 451 et s.

Mouly (C.), « La publicité des sûretés réelles mobilières », *European Review of Private Law* vol. 6, n° 1, 1998, p. 51 et s. ;

- « Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *Cah. dr. ent.*, 1995/5, p. 6 et s. ;
- « La grand-mère et l'omnibus », *RJDA* 1993/10, p. 679 et s. ;
- « Compte-rendu de la thèse de M. Legeais », *RIDC* 1987, volume 39, n° 1, p. 295 et s. ;
- « La situation des créanciers antérieurs », in *Le redressement judiciaire de l'entreprise*, *RJ Com.* n° spé. 1987, p. 139 et s. ;
- « 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. ;
- « Les sûretés personnelles traditionnelles en France », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 129 et s.

Mouly (C.), Neau-Leduc (Ph.), Pétel (Ph.) et Revet (T.), « Aperçu rapide sur la loi « initiative et entreprise individuelle » (n° 94-126 du 11 février 1994) », *JCP G* 1994. 100171

Mousseron (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 et s. ;

- « Synthèse générale des travaux », *Cah. dr. entr.* 1980/6, p. 49 et s. ;
- « La clause de réserve de propriété », *Cah. dr. entr.* 1980/1, p. 1 et s. ;
- « La durée dans la formation des contrats », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509 et s.

Neau-Leduc (Ph.), « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée Nationale, Association Henri Capitant, T. XV, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 45 et s.

Nemedeu (R.), « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD Com.* 2008. 241

Neveu (P.), « L'attribution judiciaire du gage : une arme absolue ? », *Banque nov.* 1985, p. 1030 et s.

Normand (J.), « Les opérations bancaires de pension », *RTD Com.* 1966. 791

Ollard (R.), « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Droit pénal*, avril 2012, étude 9 ;

- « La fiducie : aspects de droit pénal », *RSC* 2009. 545

Ophèle-Rossetto (C.), « Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens », *RTD Com.* 1995. 87

Oppetit (B.), « L'endettement et le droit », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295 et s. ;

- « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s.

Pailler (P.), « De nouvelles règles pour les chambres de compensation », *RDBF* nov. 2013, dossier 56

Paillusseau (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Etudes offertes au Professeur Roger Houin – Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109 et s.

Pardoel (D.), « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA* 3 juill. 2001, p. 13 et s.

Parolai (R.), Stoffel-Munck (Ph.) et Armand (F.), « Les sûretés en matière financière projetées dans une nouvelle ère par la directive *Collateral* », *Banque et Droit* nov.-déc. 2005, p. 3 et s.

Patarin (J.), « Le nantissement sur les films cinématographiques (Loi du 22 février 1944) », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 346 et s.

Pédamon (M.), « La réserve de propriété en droit allemand et en droit français », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 57 et s. ;

- « Considérations comparatives sur la loi du 12 mai 1980 », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 209 et s.

Pélessier (A.), « La possession à l'épreuve de l'immatériel », *Dr. et Patr. nov.* 2013

Pellier (J.-D.), « La consécration du droit exclusif au paiement du créancier nanti », *D.* 2020. 1940 ;

- « Réflexions sur le gage ayant pour objet un immeuble par destination ou un meuble par anticipation », *D.* 2020. 1236 ;
- « Droit de rétention et nantissement de titres financiers », *D.* 2019. 1846 ;
- « Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 243 et s. ;
- « Une certaine idée du cautionnement », *D.* 2018. 686 ;
- « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », *LPA* 24 avril 2014, p. 7 et s. ;
- « La poursuite de la construction d'un régime des sûretés pour autrui », *D.* 2014. 1054 ;
- « Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable », *LPA* 17 janv. 2008, p. 3 et s.

Péquignot (G.), « Le contentieux des marchés publics : les rapports financiers de l'Administration et des titulaires de marchés publics », in *Les marchés publics et leur financement*, préf. J. Hamel, introduction J. Branger, Dalloz, 1962, p. 233 et s.

Pérès (C.), « L'étude d'impact à la lumière de la réforme par ordonnance du droit des obligations », *RDC* juill. 2014, p. 275 et s.

Périnet-Marquet (H.), « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* 2010. 1100 ;

- « La place de l'incorporel dans l'avant-projet de droit des biens », *RLDC* nov. 2009

Pérochon (F.), « Le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives », *BJE* sept. 2019, p. 72 et s. ;

- « La discipline collective », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 1 et s. ;
- « Réflexions sur la constitution des comités de créanciers », *BJE* nov. 2017, p. 447 et s. ;
- « Le revendiquant », *RPC* nov.-déc. 2017, dossier 15 ;
- « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in F. Macorig-Venier (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 111 et s. ;
- « Le choix de garanties efficaces », *BJE* sept. 2010, p. 321 et s. ;
- « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre », *RPC* mars-avril 2011, dossier 25 ;
- « Les sûretés immobilières classiques dans les procédures collectives », *LPA* 11 fév. 2011, p. 49 et s. ;
- « La fiducie-sûreté rendue opérationnelle en cinq étapes », *RPC* mars-avril 2010, comm. 62 ;
- « Gage immobilier, antichrèse, nantissement : la valse des étiquettes », *RPC* mars-avril 2010, comm. 64 ;
- « A propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.* 10 mars 2009, p. 3 et s. ;
- « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », *Cah. dr. ent.* 2009/4, dossier 22 ;
- « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009. 651 ;
- « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008, p. 56 et s. ;
- « Les propriétaires sont-ils heureux ? », *RLDA* mars 2005 ;
- « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 379 et s. ;
- « Le « bénéfice » sélectif de la procédure collective », in *Mélanges Christian Mouly*, T. 2, Litec, 1998, p. 401 et s. ;
- « La réforme 1994 de la réserve de propriété », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *Cah. dr. ent.*, 1995/5, p. 25 et s. ;
- « La revendication favorisée », *D.* 1994. 251 ;
- « La revendication du créancier », *RJ Com.* n° spé. 1992, p. 91 et s.

Pérochon (F.) et Pétel (Ph.), « Les délais du plan de sauvegarde ou de redressement », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du professeur Paul Le Canu*, LGDJ, 2014, p. 611 et s.

Pétel (Ph.), « Les dispositions relatives au droit des entreprises en difficulté de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016. 1341 ;

- « Les critères de prise en charge de la garantie AGS : quarante ans d'évolutions », *BJE* nov. 2014, p. 411 et s. ;
- « Retour sur la revendication de choses fongibles », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 571 et s. ;
- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP G* 2009. I. 110 ;
- « Les créanciers postérieurs méritants », *RPC* 2006, p. 142 et s. ;
- « Pour une relecture de l'article L. 621-32 du Code de commerce (ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985) », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 917 et s.

Pétel-Teyslié (I.), « Une nouvelle sûreté : le nantissement du fonds agricole », *Droit rural* fév. 2006, étude 4

Petev (V.), « Analogie et distinction », *RRJ* 1995-4, p. 1031 et s.

Petit (F.), « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2006. 2819

Pham (K.) et Davy (S.), « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *Gaz. Pal.* 10 mai 2005, p. 26 et s.

Picard (J.), « La fin d'un mirage ? La clause de séquestre et de nantissement du prix », *JCP N* 1979. I. 235

Picod (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 395 et s. ;

- « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 843 et s.

Piedelièvre (A.), « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 9 fév. 1982, doct. 85 ;

- « L'efficacité de la garantie hypothécaire », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 367 et s.

Piedelièvre (A.), Cohen (D.) et Reygrobellet (A.), « Publicité et sûretés », in A. Sayag (dir.), *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1992, p. 169 et s.

Piedelièvre (S.), « L'hypothèque », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, T. 75, 2019, p. 261 et s. ;

- « Les nouveaux modes de réalisation des sûretés immobilières : dix ans après », *JCP N* 2016. 1104 ;
- « Le nouvel article 2286, 4^o, du code civil », *D.* 2008. 2950 ;
- « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Defrénois* 2000, art. 37190, p. 737 et s.

Pierre (J.-L.), « Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ? », *Dr. et Patr.* oct. 2009

Piette (G.), « Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement », *D.* 2017. 1064 ;

- « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007

Pignarre (G.), « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* – Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.* 2001. 41

Pillet (G.), « Assimilation du cautionnement réel au cautionnement : nature des choses ou expédient ? », *JCP G* 2019. 449

Pin (X.), « Droit pénal et droit des sûretés (l'alliance du feu et de la glace) », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – Regards croisés*, Editions Cujas, coll. Actes & Etudes, 2012, p. 145 et s.

Pinsolle (Ph.) et Dugué (C.), « Affectation en garantie par une banque des actifs de sa clientèle », *Banque et Droit* janv.-fév. 1993, p. 6 et s.

Pimont (S.), « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD Civ.* 2009. 417

Piollet (G.), « Le plan de sauvegarde vu par un administrateur », *RPC* 2006, p. 186 et s.

Playoust (O.), « Contribution à la moralisation du droit des procédures collectives : la clause de retour à meilleure fortune », *RPC* 1994, p. 349 et s.

- Pohé (D.),** « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », *RPC* 1992, p. 245 et s.
- Pollaud-Dulian (F.),** « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. ;
- « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998. doctr. 138 ;
 - « Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives », in *Propriétés intellectuelles – Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 365 et s.
- Pourquier (C.),** « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD Com.* 2000. 569
- Praicheux (S.),** « Le traitement juridique des garanties financières, entre restrictions et innovations », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà – Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Joly, Lextenso éditions, 2017, p. 623 et s. ;
- « La transposition en droit français de la directive européenne sur les contrats de garantie financière », *RDBF* mai 2005, étude 9
- Prud'homme (L.) et Orengo (J.),** « Précisions sur le dénouement de la cession de créance professionnelle », *RLDC* janv. 2008
- Puig (P.),** « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et Patr.* juin 2008
- Putman (E.),** « Sur l'origine de la règle : « meubles n'ont point de suite par hypothèque » », *RTD Civ.* 1994. 543
- Puygauthier (J.-L.),** « Les conséquences de la loi du 5 juillet 1996 dite « Loi Raffarin » sur le monde artisanal », *JCP N* 1997. 4035
- Quiévy (J.-F.),** « De la dépossession entre les mains du créancier gagiste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 527 et s.
- Ravanas (E.),** « Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques », *JCP N* 2009. 1275
- Raynard (J.),** « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *JCP G* 1999. doctr. 138
- Raynaud-Contamine (M.),** « Cession de créance en période suspecte », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 443 et s.
- Reille (F.),** « Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, p. 38 et s.
- Rémy (Ph.),** « La subrogation du prêteur de deniers dans l'action résolutoire du vendeur d'immeuble », *JCP N* 1978. I. 79
- Rémy-Corlay (P.),** « Nature et effet du droit de rétention dans la liquidation judiciaire », *LPA* 1^{er} juin 1998, p. 8 et s.
- Revet (T.),** « A propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », *D.* 2019. 1011
- Rexand-Pourias (N.),** « Les effets néfastes de l'immobilisation par destination sur les garanties grevant le fonds de commerce », *Revue juridique de l'Ouest* 2001-4, p. 515 et s.
- Reygrobellet (A.),** « Le crédit-bail portant sur les parts sociales d'une société civile immobilière », *Revue des sociétés* 2010. 419
- Reygrobellet (A.), Barthélémy (C.), Cros (J.-E.) et Tixier (J.-L.),** « De la nature juridique des éoliennes au regard de la distinction meuble/immeuble », *RDI* 2015. 567
- Rezek (S.),** « De la nécessaire distinction entre le fonds de commerce et le fonds artisanal », *JCP N* 2002. 1722 ;
- « Différences et ressemblances entre l'avis à tiers détenteur et la saisie-attribution », *JCP N* 2002. 1623
- Riffard (J.-F.),** « Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale : requiem ou status quo ? », *Droit rural* avril 2009, dossier 25
- Ripert (G.),** « La réforme des privilèges maritimes par la loi du 19 février 1949 », *DMF* 1949, p. 223 et s.
- Rives (G.),** « Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière », *RTD Civ.* 1968. 613
- Rives-Langes (J.-L.),** « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairies techniques, 1968, p. 405 et s.
- Rives-Langes (M.-T.),** « Le sort des sûretés consenties en période suspecte pour garantir le solde d'un compte courant en cours de fonctionnement », in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairies techniques, 1968, p. 423 et s.
- Robin (B.) et Lantourne (R.),** « L'utilisation des fiducies en France », *Dr. et Patr.* mars 2019

Robine (D.), « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un Janus à deux visages », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 621 et s. ;

- « La réforme des couvertures par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires », *D.* 2013. 2281 ;
- « Le nantissement de compte-titres confronté au droit des procédures collectives », in A. Couret et C. Malecki (dir.), *Les défis actuels du droit financier*, Joly éditions, 2010, p. 285 et s. ;
- « Le gage de compte d'instruments financiers », *Dr. et Patr.* juill. 2002

Roblot (R.), « Les sûretés mobilières sans déplacement », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à Georges Ripert*, T. II, LGDJ, 1950, p. 362 et s.

Romeyer-Dherbey (G.), « Chose, cause et œuvre chez Aristote », in *Les biens et les choses en droit*, APD, T. 24, 1979, p. 127 et s.

Rossignol (H.), « De l'égalité relative à l'égalité absolue », in *L'égalité compromise par la multiplication des privilèges – XVII^e congrès des syndics et administrateurs*, *Gaz. Pal.* 7 déc. 1978, p. 612 et s.

Rotours (J. des), « Les privilèges du Fisc et de la Sécurité Sociale dans la législation française », in *Etudes de droit contemporain – Contributions françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de droit comparé*, T. III, Sirey, coll. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1959, p. 99 et s.

Roussel-Galle (Ph.), « L'attraction du droit spécial : l'exemple du droit des sûretés et des procédures collectives », *JCP E* 2018. 1332 ;

- « La déclaration d'insaisissabilité, une alternative à la société pour protéger le patrimoine du débiteur défaillant ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 747 et s. ;
- « Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté », *RDBF* sept.-oct. 2014, dossier 38 ;
- « Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres », in Ph. Roussel-Galle (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. XXI et s.

Roussel-Galle (Ph.) et Pérochon (F.), « Sûretés et procédures collectives, le couple infernal », *RPC* janv.-fév. 2016, dossier 12

Roussel-Galle (Ph.) et Vallens (J.-L.), « Le paiement dans les procédures collectives », in M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, p. 205 et s.

Saint-Alary (R.) et Saint-Alary-Houin (C.), « La location-accession à la propriété immobilière », *RDI* 1985. 1

Saint-Alary-Houin (C.), « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE* mai 2016, p. 223 et s. ;

- « Le « rebond » du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 579 et s. ;
- « Les privilèges de la procédure », *LPA* 14 juin 2007, p. 70 et s. ;
- « De la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, T. 1, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 389 et s. ;
- « Le transfert de la charge du nantissement », in *Le gage commercial*, *RJ Com.* n° spé. 1994, p. 152 et s. ;
- « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 733 et s. ;
- « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* n° spé. déc. 1987, p. 642 et s.

Salati (O.), « La saisie immobilière et les réformes des sûretés », in C. Albigès (dir.), *La saisie immobilière – Approches transversales*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2014, p. 27 et s.

Salvage-Gerest (P.), « Le gage des brevets d'invention », *JCP CI* 1978. 12781, p. 365 et s.

Salvage-Gerest (P.) et Salvage (Ph.), « Droit pénal et sûretés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Laruquier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 281 et s.

Salvat (O.), « De l'opportunité, pour le créancier garanti, d'une attribution partielle de la créance nantie », *RDBF* juill. 2014, étude 18 ;

- « De quelques singularités de l'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2012. 1299

Samin (T.), « Réforme du droit des sûretés et activités bancaires : aspects intéressant la banque de détail », *RDBF* sept. 2018, dossier 29 ;

- « Gage-espèces et nantissement de compte », *Banque et Droit* hors-série déc. 2010, p. 23 et s.
- Sargos (P.)**, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », in *Rapport de la Cour de cassation 1986*, La Documentation Française, 1987, p. 33 et s.
- Sauvage (F.)**, « L'adaptation progressive du nantissement d'assurance-vie aux exigences de la pratique bancaire (après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007) », *RDBF* janv. 2009, dossier 5
- Savatier (R.)**, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977. chron. V, p. 43 et s. ;
 - « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.* 1972. chron. XXIII, p. 137 et s.
- Savaux (E.)**, « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », *LPA* 28 nov. 2012, p. 4 et s.
- Savouré (B.)**, « Le point sur le cautionnement réel », *Dr. et Patr.* juill. 2003
- Sayag (A.)**, « Conclusion », in A. Sayag (dir.), *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1992, p. 619 et s.
- Scarano (J.-P.)**, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété », *RTD Com.* 1990. 535
- Schiller (S.)**, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non-affecté ? », *Dr. et Patr.* avril 2010, p. 88 et s. ;
 - « Le rebond des entreprises dans la phase postérieure à l'effacement de leurs dettes », *Dr. et Patr.* sept. 2009
- Sénéchal (J.-P.)**, « L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 577 et s. ;
 - « L'acte notarié : une quasi-sûreté », *Defrénois* 1993, art. 35660, p. 1313 et s. ;
 - « L'inclusion d'un matériel nanti dans un plan de cession de la loi du 25 janvier 1985 », in *Les activités et les biens de l'entreprise – Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly Litec, 1991, p. 367 et s.
- Sénéchal (M.)**, « Plaidoyer pour le grand soir », *BJE* juill. 2018, p. 237 ;
 - « Sûretés et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 771 et s.
- Serlooten (P.)**, « L'entreprise en difficulté, le Trésor, la Sécurité sociale et les autres », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 495 et s.
- Seube (J.-B.)**, « La genèse de la réforme », in *Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application*, *LPA* 27 mai 2008, p. 5 et s.
- Sillard (G.-A.)**, « La subrogation dans la saisie immobilière », *D.* 2011. 402
- Simler (Ph.)**, « Le paiement et les sûretés », in M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, p. 185 et s. ;
 - « EIRL et communauté de biens entre époux », *JCP G* 2011. 4 ;
 - « La loi rétablit le recours du garant contre le constructeur que la Cour de cassation a cru devoir lui refuser », *JCP G* 2011, doct. 130 ;
 - « Eppur, si muove ! (Galilée). – Et pourtant, une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP G* 2006, I, 172 ;
 - « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », *JCP G* 2001. I. 367 ;
 - « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N* 1987, étude 100598
- Sizaire (D.)**, « Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé – La situation des attributaires », *JCP N* 1990. 101425
- Soinne (B.)**, « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives) », *D.* 2004. 1506 ;
 - « Le bateau ivre », *LPA* 14 mai 1997, p. 12 et s. ; *LPA* 16 mai 1997, p. 4 et s. ;
 - « Le nantissement sur marchés publics : dépérissement définitif ou rémission ? », *JCP E* 1981. II. 13637 ;
 - « Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite », *D.* 1976. chron. XLIII, p. 253 et s.
- Soinne (J.)**, « La publicité des garanties financières de l'entreprise : gage d'efficacité ? », *LPA* 26 mai 2005, p. 19 et s.

- Sortais (J.-P.)**, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », *RTD Com.* 1976. 267
- Souhami (J.)**, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD Civ.* 2008. 27
- Sourioux (J.-L.)**, « Rapport français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XXXIV, Economica, 1985, p. 85 et s.
- Sousi (G.)**, « La spécificité de l'obligation de somme d'argent », *RTD Civ.* 1982. 514
- Souweine (C.)**, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 303 et s.
- Stenger (J.-P.)**, « Le gage des droits de propriété intellectuelle », *Revue du droit de la propriété intellectuelle*, 1995, p. 12 et s.
- Stoffel-Munck (Ph.)**, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et Patr.* avril 2012, p. 56 et s.
- Storck (M.)**, « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », *LPA* 8 juill. 1987, p. 20 et s.
- Stoufflet (J.)**, « Le nantissement de meubles incorporels », *RDBF* mai 2006, dossier 11 ;
- « Discours introductif », in *Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ?*, colloque de l'AEDBF du 23 janvier 2006, p. 1 et s. ;
 - « Les financements par cession de créances futures en droit français », *RDBF* janv. 2003, dossier 100010 ;
 - « L'usage de la propriété à des fins de garantie », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 319 et s.
- Synvet (H.)**, « Introduction », in *Sûretés mobilières : du nouveau*, *Dr. et Patr.* juill.-août 2007, p. 46 et s. ;
- « Le nantissement de compte », *Dr. et Patr.* juill.-août 2007, p. 62 et s. ;
 - « Les garanties financières », *RDBF* janv. 2007, dossier 1 ;
 - « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. et Patr.* sept. 2005, p. 64 et s. ;
 - « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », in *Droit et actualité – Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 719 et s. ;
 - « Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants », *JCP G* 1990. 3425
- Synvet (H.) et Gaudemet (A.)**, « EIRL et sûretés », *LPA* 28 avril 2011, p. 32 et s.
- Tabatoni (P.)**, « L'incorporel comme ressource économique – Propos introductifs », in *L'immatériel*, *APD*, T. 43, 1999, p. 149 et s.
- Tanagho (S.)**, « L'hypothèque des biens à venir », *RTD Civ.* 1970. 441
- Tandeau de Marsac (S.)**, « Réflexions générales d'un praticien », in *Le patrimoine professionnel d'affectation*, *Dr. et Patr.* avril 2010
- Taormina (G.)**, « Brèves remarques sur la modification de l'article L. 277 du Livre des procédures fiscales et la nature juridique de l'avis à tiers détenteur », *D.* 2004. 360 ;
- « Réflexions sur le droit des sûretés à l'épreuve du droit de l'exécution forcée », *RRJ* 2003-2, p. 1867 et s.
- Théron (J.)**, « Pour une relecture de la réserve de propriété », *RTD Civ.* 2019. 713 ;
- « Combattre un monstre juridique : la « propriété inopposable » des biens non revendiqués », *D.* 2018. 2424
- Théry (Ph.)**, « Variations sur le droit de poursuite du créancier », in *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 471 et s. ;
- « Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir », *RDA* n° 19, déc. 2019, p. 120 et s. ;
 - « La propriété monétaire numérique : les bitcoins », *JCP G*, hors-série déc. 2017, p. 40 et s. ;
 - « Le changement en droit des sûretés », *RDA* n° 10, fév. 2015, p. 122 et s.
 - « L'EIRL, ou la prise de la Bastille », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 693 et s. ;
 - « Les sanctions en droit des sûretés – Entre cycles politiques et désordres techniques », in C. Chainais et D. Laszlo-Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, vol. 1, 2012, p. 275 et s. ;
 - « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffrénois* 2011, p. 569 et s. ;
 - « Le droit commun des procédures civiles d'exécution est-il apte à saisir l'incorporel ? », in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité*, *RLDC* nov. 2009 ;
 - « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et Patr.* mai 2007 ;

- « Le droit d'opposition en droit du paiement », *LPA* 4 avril 2007, p. 25 et s. ;
- « L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution », *Droit et procédures*, mai-juin 2002, p. 140 et s. ;
- « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et Patr.* avril 2001 ;
- « Rapport introductif – La notion d'exécution », in *L'exécution – XXIII^e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires*, L'Harmattan, 2001, p. 9 et s. ;
- « Réforme des sociétés de crédit foncier », *RDI* 2000. 82 ;
- « *Beati esurientes...* Les aliments devant la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à Pierre Drat – Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 641 et s. ;
- « Le droit des sûretés face à l'apurement des dettes », in Y. Chaput (dir.), *L'apurement des dettes, solution au surendettement*, Etudes du CREDA, Litec, 1998, p. 355 et s. ;
- « L'après-jugement, aspects sociologiques », in *Le procès, APD*, T. 39, 1995, p. 259 et s. ;
- « La place des procédures civiles d'exécution », *RTD Civ.* n° spé. 1993. 1

Théry (Ph.) et Brenner (C.), « La saisie immobilière n'est pas une idole », *D.* 2015. 1928

Thomassin (N.), « Le patrimoine fiduciaire », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 191 et s. ;

- « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012. 964

Torck (S.), « Les alternatives à l'EIRL », *RLDC* déc. 2010 ;

- « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RDBF* janv. 2008, étude 2 ;
- « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RDBF* juill. 2006, étude 12

Tosi-Dupriet (I.), « La fiducie-gestion, un cas de pouvoir sans propriété », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 819 et s.

Toubol (F.), « Logiciel et faillite », *JCP E* 1987. 15032

Vaïsse (S.), « Sûretés et insécurité », *Cah. dr. ent.* 1987/5, p. 19 et s.

Vallansan (J.), « Le gage commun », in P.-M. Le Corre (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 19 et s. ;

- « La sûreté conférée par un tiers : entre obstacles et efficacité », *LPA* 11 fév. 2011, p. 41 et s. ;
- « Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective », *JCP E* 2010. 1083

Vallens (J.-L.), « L'avènement des classes de créanciers, une révolution pour les sûretés réelles ? », *RPC* juill.-août 2018, dossier 17 ;

- « Publicité et information en matière de sûretés », *LPA* 20 sept. 2000, p. 5 et s. ;
- « L'effacement des dettes du débiteur en liquidation judiciaire », *LPA* 19 sept. 1997, p. 4 et s.

Vareilles-Sommières (M. de), « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905. 443

Vasseur (M.), « Le crédit menacé – Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *JCP* 1985. I. 3201 ;

- « L'application de la loi Dailly – Escompte ? Cession de créance en propriété à titre de garantie ? Ou bien l'un ou l'autre suivant les cas ? », *D.* 1982. chron. XL, p. 273 et s. ;
- « Les garanties indirectes du banquier », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ Com.* n° spé. fév. 1982, p. 104 et s. ;
- « Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire », *Banque* avril 1978, p. 458 et s.

Vatinet (R.), « *Le mutuus dissensus* », *RTD Civ.* 1987. 252

Vauplane (H. de), « Cadre juridique des garanties financières », *RDBF* janv. 2007, dossier 2 ;

- « La fiducie avant la fiducie – le cas du droit bancaire et financier », *JCP E* 2007. 2051

Vauvillé (F.), « La saisie de la créance de prix de vente d'un immeuble (Réflexions à propos de l'arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 15 janvier 1992) », *JCP N* 1993. 101335

- Veaux-Fournerie (P.)**, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 126 et s.
- Vedel (G.)**, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950. I. 851 ;
- « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948. I. 682
- Verbaere (C.)**, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ* 1999-3, p. 685 et s.
- Vérignon (B.)**, « Une conséquence inattendue de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : La clause de réserve de propriété est-elle devenue une sûreté applicable aux ventes de fonds de commerce ? », *JCP N* 1995, p. 1037 et s.
- Vern (F.)**, « Le mystérieux droit de rétention dans les sûretés réelles sans dépossession », *Dr. et Patr.* oct. 2019
- Vivant (M.)**, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G* 2000. doct. 193 ;
- « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 405 et s. ;
 - « Logiciel 94 : tout un programme ? », *JCP G* 1994. doct. 3792
- Vivier (G.)**, « Les précédents du warrant industriel : le warrant hôtelier, le warrant pétrolier, le warrant stocks », in J. Hamel (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 300 et s.
- Voinot (D.)**, « L'efficacité incertaine du privilège de la conciliation », *Banque* avril 2012, p. 32 et s. ;
- « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme des sûretés », *LPA* 27 mars 2008
- Voirin (P.)**, « Le pacte de préférence », *JCP* 1954. I. 1192
- Weill (A.) et Maus (R.)**, « Le nantissement judiciaire du fonds de commerce », *D.* 1956, chron. XVIII, p. 87 et s.
- Wester-Ouisse (V.)**, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G* 2011. I. doct. 290
- Wicker (G.) et Gaubil (P.)**, « L'efficacité du gage automobile non inscrit », *D.* 1997. 1
- Wiederkehr (G.)**, « Pacte comissoire 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.)**, « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP E* 1993. 244
- Yver (J.)**, « Note sur l'hypothèque mobilière dans quatre coutumes de l'Ouest de la France », in *Dix ans de conférences d'agrégation – Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 477 et s.
- Zattara-Gros (A.-F.)**, « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 623 et s.
- Zenati (F.)**, « Avant-propos », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, p. 5 et s. ;
- « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur) », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 605 et s.

IV) Répertoires et encyclopédies

- Ancel (M.-E.)**, « Sûretés réelles en droit international privé », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, étude 290, mai 2019
- Ansault (J.-J.)**, « Constitution de la sûreté réelle pour autrui », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, étude 303, mai 2020
- Auckenthaler (F.)**, « Pension », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 2123, nov. 2017 ;
- « Instruments financiers à terme ou contrats financiers », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 2050, avril 2017
- Audic (O.)**, « Documents », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, étude 275, avril 2016

- Betch (M.)**, « Privilèges du Trésor Public – Privilèges généraux mobiliers », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2327, fasc. 10, déc. 2013
- Bonhomme (R.)**, « Virement », *Rép. com.*, oct. 2014
- Borga (N.)**, « Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, étude 284, sept. 2018
- Brémond (V.)**, « Privilèges généraux », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2330 et 2331, fasc. unique, oct. 2015
- Brenner (C.)**, « Historique et esprit général du droit positif », in C. Brenner, P. Crocq et E. Berezkina (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, étude 105, avril 2013
- Bros (S.)**, « Gage sur somme d'argent », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.) *Lamy droit des sûretés*, étude 268, avril 2016
- Cabrillac (M.) et Cabrillac (S.)**, « Gage – Formes particulières de nantissement commercial », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 398, avril 2011
- Chaput (Y.), Cermolacce (A.) et Perruchot-Triboulet (V.)**, « Sûretés négatives », *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, sept. 2009
- Crocq (P.)**, « Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2367 à 2372, fasc. unique, mars 2020
- Debord (F.)**, « Salaire : paiement », *Rép. travail*, juin 2017
- Delebecque (Ph.)**, « Hypothèque maritime », *J.-Cl. Transport*, fasc. 1095, juill. 2009
- Derruppé (J.) et Ravel-d'Esclapon (T. de)**, « Nantissement de fonds de commerce », *Rép. com.*, oct. 2016
- Dissaux (N.)**, « Contrat : formation », *Rép. civ.*, avril 2017
- Dross (W.)**, « Prescription et possession – prescription des choses mobilières », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2276 et 2277, fasc. unique, nov. 2018
- Gouëzel (A.)**, « Le choix de la garantie », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 2810, oct. 2016
- Julienne (M.)**, « Privilèges mobiliers spéciaux », *Rép. civ.*, juill. 2015
- Le Gall (J.-P.) et Chanel (F.)**, « Sûretés sur aéronefs – Publicité et extinction », *J.-Cl. Transport*, fasc. 955, déc. 2011
- Libchaber (R.)**, « Biens », *Rép. civ.*, déc. 2019
- Licari (F.-X.)**, « Les principales sûretés réelles du droit allemand : fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.) *Lamy droit des sûretés*, étude 523, oct. 2017
- Loiseau (G.)**, « Propriétés intellectuelles », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.) *Lamy droit des sûretés*, étude 242, mai 2020
- Lucas (A.)**, « Nantissement du droit d'exploitation de logiciel (CPI, art. L. 132-34) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1360, mars 2013
- Mouly (C.)**, « Antichrèse », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2085 à 2091, fasc. unique, juill. 2006
- Praicheux (S.)**, « Sûretés financières », *Rép. sociétés*, avril 2019
- Redon (M.)**, « Warrant », *Rép. pénal*, juin 2018
- Riffard (J.-F.)**, « Le Guide Législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, étude 530, mai 2019 ;
- « Le *security interest* américain », in L. Aynès, P. Crocq et Ph. Delebecque (dir.), *Lamy droit des sûretés*, étude 525, juin 2016
- Rouvière (F.)**, « Servitudes – Obligations réelles », *J.-Cl. Civil Code*, art. 637 à 639, fasc. unique, avril 2013
- Sander (E.)**, « Administration forcée des immeubles en Alsace-Moselle », *J.-Cl. Alsace-Moselle*, fasc. 627, avril 2008
- Schütz (R.-N.)**, « Crédit-bail », *Rép. civ.*, oct. 2016
- Simler (Ph.)**, « Privilèges mobiliers », *J.-Cl. Civil Code*, art. 2332, fasc. 30, déc. 2015
- Souweine (C.) et Favreau (A.)**, « Nantissement et saisie de brevets », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4770, avril 2015

V) Notes et observations

Ansaloni (G.), obs. sous Com., 19 février 2013, *Banque* mars 2013, p. 58 et s.

Ansault (J.-J.), obs. sous Com., 17 juin 2020, *D.* 2020. 1917, n° 15 ;

- obs. sous Com., 17 juin 2020, *BJS* oct. 2020, p. 45 et s. ;
- obs. sous Com., 20 mars 2019, *Gaz. Pal.* 18 juin 2019, p. 34 ;
- obs. sous Civ. 1^e, 23 février 2012, *RLDC* oct. 2012 ;
- obs. sous Civ. 1^e, 3 mars 2011, *RLDC* mai 2011

Ansault (J.-J.) et Gijssbers (C.), obs. sous Ass. Plén., 7 décembre 2015, *JCP G* 2016. 57

Aubert (J.-L.), obs. sous Civ. 1^e, 6 mars 1979, *Deffrénois* 1980, art. 32267, p. 590

Aynès (A.), obs. sous Com., 31 janvier 2019, *D.* 2019. 927 ;

- obs. sous Com., 29 novembre 2016, *Dr. et Patr.* mai 2017
- comm. sous Com., 27 septembre 2016, *RPC* mars-avril 2017. 31 ;
- obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, *Dr. et Patr.* nov. 2014 ;
- obs. sous Com., 26 mai 2010, *RDC* oct. 2010, p. 1338 et s. ;
- obs. sous Com., 3 juin 2008, *RDC* janv. 2009, p. 209 et s. ;
- obs. sous Com., 6 février 2007, *RDC* avril 2008, p. 425 et s.

Aynès (A.) et Dupichot (Ph.), obs. sous Com., 18 novembre 2014, *Dr. et Patr.* oct. 2015 ;

- obs. sous Com., 26 mai 2010, *Dr. et Patr.* sept. 2010

Aynès (L.), n. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *D.* 2006. 733 ;

- n. sous Civ. 1^e, 17 mars 1992, *Deffrénois* 1992, n° 22, p. 1423

Bandrac (M.), n. sous Com., 15 mars 1988, *RTD Civ.* 1988. 791

Barbier, n. sous Crim., 14 mai 1875, *DP* 1876. I. 45

Barbier (H.), obs. sous Civ. 1^e, 24 octobre 2019, *RTD Civ.* 2020. 100

Batiffol (H.), n. sous Req., 24 mai 1933, *S.* 1935. I. 257

Becqué (E.), n. sous CA Aix, 1^e Chambre, 7 novembre 1945, *JCP* 1946. II. 3054 ;

- n. sous Soc., 19 décembre 1941, *JCP* 1942. II. 1809

Berlioz (P.), n. sous Civ. 1^e, 20 février 2007, *LPA* 31 mai 2007, p. 18 et s.

Bonnet (V.), n. sous Civ. 1^e, 7 février 2006, *D.* 2006. 1543 ;

- n. sous Civ. 1^e, 4 mai 1999, *D.* 2000. 302

Bordais (P.), obs. sous Com., 25 septembre 2019, *JCP E* 2020. 1022

Borga (N.), « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », obs. sous Com., 26 mai 2010, *D.* 2010. 2201

Bourbouloux (H.), Fort (C.) et Fornacciari (T.), obs. sous Com., 25 septembre 2019, *BJE* janv. 2020, p. 12 et s.

Breitenstein (D. von), obs. sous Com., 20 novembre 1979, *RTD Com.* 1980. 43

Brenner (C.), obs. sous Ch. Mixte, 26 janvier 2007, *Gaz. Pal.* 9 oct. 2007, n° 282, p. 10

Brenner (C.) et Théry (Ph.), obs. sous Civ. 2^e, 7 décembre 2017, *D.* 2018. 1684

Cabrillac (M.), obs. sous Com., 23 janvier 2001, *JCP G* 2001. I. 321, n° 13 ;

- obs. sous Com., 26 avril 2000, *RTD Com.* 2000. 994 ;
- obs. sous Civ. 1^e, 1^{er} février 2000, *RTD Com.* 2000. 426 ;
- obs. sous Com., 28 mai 1996, *RTD Com.* 1996. 508 ;

- n. sous Com., 1^{er} octobre 1985, *D.* 1986. jur. 246

Carbonnier (J.), obs. sous Civ. 1^e, 19 juillet 1960, *RTD Civ.* 1961. 332

Charlery (E.), obs. sous Com., 9 janvier 1996, *JCP G* 1997. I. doct. 4013

Couturier (I.), obs. sous Civ. 1^e, 18 janvier 2000, *D.* 2000. 785

Crocq (P.), obs. sous Com., 20 juin 2018, *D.* 2018. 1884 ;

- obs. sous Com., 20 avril 2017, *RTD Civ.* 2017. 708 ;
- obs. sous Com., 29 novembre 2016, *RTD Civ.* 2017. 200
- obs. sous Civ. 1^e, 12 novembre 2015, *RTD Civ.* 2016. 415 ;
- obs. sous Com., 18 novembre 2014, *RTD Civ.* 2015. 185 ;
- obs. sous Rép. Min., *JOAN* 30 avril 2013, p. 4796, *RTD Civ.* 2013. 656 ;
- obs. sous Civ. 3^e, 12 septembre 2012, *RTD Civ.* 2012. 754 ;
- obs. sous Com., 26 mai 2010, *D.* 2011. 411 et *RTD Civ.* 2010. 597 ;
- obs. sous Com., 26 mai 2010, *RTD Civ.* 2010. 595 ;
- obs. sous Com., 30 septembre 2008, *RTD Civ.* 2008. 706 ;
- obs. sous Com., 1^{er} avril 2008, *D.* 2008. 2104 ;
- obs. sous Com., 23 janvier 2001, *RTD Civ.* 2001. 398 ;
- obs. sous Com., 9 janvier 1996, *RTD Civ.* 1996. 436

D'Avout (L.) et Danos (F.), obs. sous Com., 19 février 2013, *Dr. et Patr.* juill. 2013

D'Avout (L.) et Mallet-Bricout (B.), « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », obs. sous Civ. 3^e, 31 octobre 2012, *D.* 2013. 53

Danos (F.), obs. sous Com., 17 décembre 2018, *RDC* janv. 2019, p. 131 et s.

Delebecque (Ph.), obs. sous Com., 17 décembre 2018, *AJ Contrat* 2018. 524 ;

- obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, *JCP E* 2014. I. 1592, n° 19 ;
- obs. sous Rép. Min., *JOAN* 30 avril 2013, p. 4796, *JCP G* 2013. 1256, n° 12 ;
- obs. sous Civ. 3^e, 18 décembre 2002, *D.* 2003. 963 ;
- obs. sous Com., 4 juillet 2000, *JCP G* 2001, doct. 315, n° 22

Delpech (X.), n. sous Com., 22 novembre 2005, *D.* 2005. 3081

Derrida (F.), n. sous Com., 6 mars 1990, *D.* 1990. 311 ;

- n. sous Com., 12 février 1979, *D.* 1979. 354 ;
- n. sous Com., 15 avril 1975, *D.* 1975. jurisp. 571 ;
- n. sous Com., 24 janvier 1973, *D.* 1973. J. 169

Deshayes (O.), obs. sous Civ. 1^e, 3 mars 2011, *RDC* 2011, p. 861 et s.

Dubarry (J.) et Julienne (M.), « Liberté contractuelle et droits réels », obs. sous Civ. 3^e, 31 octobre 2012, *RLDC* fév. 2013

Dupichot (Ph.), obs. sous Rép. Min., *JOAN* 30 avril 2013, p. 4796, *Dr. et Patr.* fév. 2014 ;

- obs. sous Com., 26 mai 2010, *Dr. et Patr.* sept. 2010, p. 96 et s.

Esmein (P.), n. sous Civ., 28 mars et 22 octobre 1934, *S.* 1935. I. 337 ;

- n. sous Civ., 23 janvier 1922, *S.* 1923. I. 225

Favre-Rochex (C.), n. sous Com., 22 janvier 2020, *JCP E* 2020. 1119

François (J.), n. sous Civ. 2^e, 10 janvier 2019, *D.* 2019. 411 ;

- n. sous Com., 3 juin 1997, *D.* 1998. 61

- Gaudemet-Tallon (H.)**, n. sous Civ. 1^e, 8 juillet 1969, *JCP* 1970. II. 16182
- Gijsbers (C.)**, obs. sous Civ. 3^e, 5 mars 2020, *Deffrénois* avril 2020, p. 23 et s. ;
- obs. sous Com., 22 janvier 2020, *RTD Civ.* 2020. 164 ;
 - obs. sous Com., 20 mars 2019, *RPC* mai-juin 2019, comm. 69
- Goubeaux (G.)**, n. sous Civ. 3^e, 30 janvier 1974, *Deffrénois* 1974, art. 30631, p. 637 et s.
- Grimaldi (M.)**, obs. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *RDC* avril 2006, p. 454 et s.
- Gulphe (P.)**, conclusions sous Civ. 1^e, 6 mars 1979, *JCP G* 1979. II. 19140
- Guyon (Y.)**, n. sous Com., 31 mai 1960, *D.* 1960. 601
- Hassler (T.)**, obs. sous T. com Paris, 15^e Chambre, 1^{er} décembre 1995, *D.* 1997. somm. 89
- Hauser (J.)**, obs. sous Civ. 1^e, 2 décembre 1997, *RTD Civ.* 1998. 342
- Hébraud (P.)**, n. sous CA Paris, 19 mars 1935, *S.* 1937. 2. 193
- Henry (L.-C.)**, obs. sous TGI Toulouse, 2 mars 2009, *Gaz. Pal.* 3 nov. 2009, p. 15
- Honorat (A.)**, obs. sous Com., 30 octobre 2000, *D.* 2001. 620
- Houin-Bressand (C.)**, obs. sous Com., 26 mai 2010, *BJE* mars 2011, p. 28 et s.
- Houtcief (D.)**, obs. sous Com., 25 septembre 2019, *AJ Contrat* 2019. 498 ;
- obs. sous Civ. 3^e, 12 avril 2018, *RDC* sept. 2018, p. 371 et s.
- Jacob (F.)**, obs. sous Com., 15 novembre 2017, *Banque et Droit* janv.-fév. 2018, p. 56 et s.
- Juillet (C.)**, obs. sous Civ. 1^e, 25 novembre 2015, *RLDC* mars 2016 ;
- obs. sous Civ. 1^e, 12 novembre 2015, *D.* 2016. 178
- Julienne (M.)**, obs. sous Com., 20 juin 2018, *RDC* janv. 2019, p. 65 et s. ;
- obs. sous Civ. 1^e, 12 novembre 2015, *RDC* sept. 2016, p. 470 et s. ;
 - obs. sous Com., 17 février 2015, *RDC* oct. 2015, p. 880 et s. ;
 - obs. sous Com., 18 novembre 2014, *RDC* juill. 2015, p. 516 et s.
- Klein (J.)**, obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, *RDC* juill. 2014, p. 313 et s.
- Larroumet (C.)**, n. sous Com., 9 avril 1996, *D.* 1996. 399 ;
- n. sous Com., 17 mai 1994, *D.* 1995. 124
- Latina (M.) et Sagaut (J.-F.)**, obs. sous Civ. 1^e, 3 mars 2011, *Deffrénois* 30 mai 2011, p. 976
- Légal (A.)**, n. sous Crim., 18 janvier 1950, *S.* 1950. 1. 193
- Legeais (D.)**, obs. sous T. Com. Nanterre, 26 février 2020, *RDBF* mai 2020, étude 7
- Le Gueut (T.)**, n. sous Com., 22 janvier 2020, *BJE* juill.-août 2020, p. 15 et s.
- Libchaber (R.)**, obs. sous Civ. 1^e, 16 octobre 2008, *Deffrénois* 30 déc. 2008, p. 2526 ;
- obs. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Deffrénois* 2006, n° 7, p. 586
- Loiseau (G.)**, n. sous Com., 7 mars 2006, *JCP G* 2006. II. 10143
- Lucas (F.-X.)**, obs. sous Com., 14 octobre 2014, *D.* 2015. 1973 ;
- obs. sous Com., 21 février 2006, *D.* 2006. 2250 ;

- obs. sous Com., 5 avril 2004, *D.* 2004. 2144
- Lyon-Caen (C.)**, n. sous Req., 10 mars 1915 ; *S.* 1916. 1. 5
- Macorig-Venier (F.)**, obs. sous Com., 25 septembre 2019, *RTD Com.* 2020. 456 ;
- obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, *BJE* juill. 2014, p. 245 et s.
- Malaurie (Ph.)**, n. sous Com., 1^{er} mars 1972, *D.* 1973. 733
- Martin (D. R.)**, obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, *D.* 2014. 1081
- Martin-Serf (A.)**, obs. sous Com., 9 janvier 1996, *RTD Com.* 1997. 331
- Mestre (J.)**, n. sous T. Com. Toulouse, 5 juin 1981, *RJ Com.* 1981. 382
- Mignot (M.)**, obs. sous Com., 17 juin 2020, *JCP G* 2020. 1037 ;
- obs. sous Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *RLDC* fév. 2006, p. 23
- Pellier (J.-D.)**, n. sous Com., 22 janvier 2020, *JCP G* 2020. 423
- Pérochon (F.)**, obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, *BJE* juill. 2014, p. 217 et s. ;
- obs. sous Com., 29 janvier 1991 et 20 octobre 1992, *D.* 1993. 288 ;
- obs. sous CA Bordeaux, 2^e chambre, 27 février 1990, *D.* 1991. 191
- Pétel (Ph.)**, obs. sous Com., 22 janvier 2020, *JCP E* 2020. 1204, n° 4
- obs. sous Com., 19 novembre 2016, *JCP E* 2017. 1164, n° 7
- Piedelièvre (S.)**, obs. sous Civ. 1^e, 18 janvier 2000, *D.* 2000. 391
- Prigent (S.)**, obs. sous Com., 21 mars 2006, *LPA* 31 mai 2006, p. 17 et s.
- Rakotovahiny (M.-A.)**, n. sous Civ. 1^e, 19 septembre 2007, *LPA* 15 janv. 2008, p. 20 et s.
- Revet (T.)**, obs. sous Com., 7 mars 2006, *RTD Civ.* 2006. 348
- Reygrobellet (A.)**, obs. sous Com., 30 septembre 2008, *Revue des sociétés* 2009. 131
- Robine (D.)**, obs. sous Com., 23 janvier 2019, *BJB* mai 2019, p. 48 et s.
- Roux (J.-A.)**, n. sous Crim., 13 mars 1909, *S.* 1912. 1. 236
- Saint-Alary-Houin (C.)**, obs. sous Com., 14 octobre 2014, *Dr. et Patr.* sept. 2015
- Savatier (R.)**, n. sous Req., 6 avril 1925 et Civ., 7 décembre 1925, *DP.* 1926. 1. 185
- Soinne (B.)**, n. sous Com., 15 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 245
- Teyssié (B.) et Cabrillac (M.)**, obs. sous Com., 19 mai 1992, *RTD Com.* 1992. 655
- Théry (Ph.)**, obs. sous Civ. 2^e, 23 juin 2016, *RTD Civ.* 2017. 209 ;
- obs. sous Civ. 2^e, 19 février 2015, *D.* 2015. 964 ;
- obs. sous Civ. 2^e, 27 février 2014, *RJDA* 2/2015, p. 67 et s. ;
- obs. sous Civ. 2^e, 25 mars 2010, *Deffrénois* 2011, n° 15, p. 1289 ;
- obs. sous Com., 19 décembre 2006 ; *Deffrénois* 2008. Art. 38726, p. 414 et s. ;
- obs. sous Civ. 3^e, 10 novembre 1999, *RDI* 2000. 226 ;
- obs. sous Civ. 2^e, 9 juillet 1997 et Civ. 3^e, 27 janvier 1999, *RDI* 1999. 294 ;
- obs. sous Civ. 3^e, 16 décembre 1998, *RDI* 1999. 293 ;
- obs. sous Com., 12 novembre 1997, *RDI* 1999. 138
- Vandamme (J.)**, n. sous Civ., 28 mars et 22 octobre 1934, *DP.* 1934. 1. 151

Voirin (P.), n. sous Civ., 30 novembre 1951, *D.* 1952. 121

Zinty (S.), n. sous Civ. 1^e, 12 novembre 2015, *JCP E* 2016. 1113

VI) Droit comparé

Akono Adam (R.), « Les sûretés à l'épreuve de la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Banque et Droit* mars-avril 2018, p. 12 et s.

Auger (J.), « Le style civiliste et le droit des sûretés réelles », in N. Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Editions Thémis, 2003, p. 47 et s. ;

- « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », *R. du N.*, vol. 97, juill. 1995, p. 450 et s.

Batiffol (H.), « *The Trust problem as seen by a French lawyer* », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 239 et s.

Bazinas (S. V.), « The Work of UNCITRAL on Security Interests: An Overview », *Revue de droit uniforme* 2010, 15-2, p. 315 et s.

Beale (H.), Bridge (M.), Gullifer (L.), Lomnicka (E.), *The law of security and title-based financing*, Oxford University Press, 2nd éd., 2012

Benadiba (A.), « L'examen critique des gages spéciaux : révélations autour de ces techniques d'appropriation directe de la valeur », *Les Cahiers de droit* juin 2018, 59-2, p. 351 et s. ;

- « La publicité des sûretés réelles au Québec : évolution ou mutation ? », *R. du N.*, vol. 116, n° 3, 2014, p. 333 et s. ;

- *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels – Propositions pour une rénovation des sûretés mobilières en France et au Québec*, th. Montréal, 2012

Bridge (M. G.), « How far is Article 9 Exportable? The English Experience », *27 Canadian Business Law Journal* 196 (1996)

Burns (J. W.), « New Article 9 of the UCC: The Good, the Bad and the Ugly », *1 Illinois Law Review* 29 (2002)

Bussani (M.), « Rapport général – La propriété sûreté », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Vietnamiennes, T. LIII, Société de Législation Comparée, 2006, p. 305 et s. ;

- « Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle Italien des sûretés », *European Review of Private Law* vol. 6, n° 1, 1998, p. 23 et s.

Caeymaex (J.) et Cavenaile (T.), *Manuel des sûretés mobilières*, Larcier, 2^e éd., 2018

Charpentier (E.), « Regards sur le droit québécois des sûretés », *RDBF* janv. 2016, dossier 6

Coogan (P. F.), « Article 9 – An Agenda for the Next Decade », *87 Yale Law Journal* 1012 (1978)

Coogan (P. F.), Kripke (H.), and Weiss (F.), « The Outer Fringes of Article 9: Subordinations Agreements, Security Interests in Money and Deposits, Negative Pledge Clauses, and Participation Clauses », *79 HLR* 229 (1965)

Crocq (P.), « Des créanciers et contractants mieux protégés », *Dr. et Patr.* déc. 2015 ;

- « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et Patr.* nov. 2010

Dahan (F.), « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *JDI* 2, 1996, p. 381 et s.

Dennis (V.) et Fox (A.), *The New Law of Insolvency*, The Law Society, 2003

De Page (H.) et Dekkers (R.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 5, *Les principaux contrats usuels – Les biens*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1975 ;

- T. 7, *Les privilèges, les hypothèques*, vol. 1, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1943

Deschamps (M.), « Le droit des sûretés au Québec », in M. E. Ancel (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 7, 2005, p. 73 et s.

Duns (J.) et Glover (J.), « The Taxation priority in Insolvency: An Australian Perspective », *International Insolvency Review*, vol. 14, 2005, p. 171 et s.

- Ehret (P.)**, « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *RPC* mai-juin 2019, dossier 18
- Elland-Goldsmith (M.)**, « Fiducie et trust – Eléments d'une comparaison », in *La fiducie, une révolution dans notre droit, Banque et Droit* nov.-déc. 1990, p. 241 et s.
- Emerich (Y.)**, « La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique ? », 44 *R. J. T.* 95 (2010)
- Fairfax Leary Jr. (L. Y.)**, « Secured Transactions – Revolution or Evolution », 22 *University of Miami Law Review* 54 (1967)
- Fille-Lambie (O.) et Marceau-Cotte (A.)**, « Les sûretés sur les meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'Acte uniforme sur les sûretés », *Dr. et Patr.* nov. 2010
- Finch (V.) et Milman (D.)**, *Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, 3rd ed., 2018
- Garrido (J. M.)**, « The Distributional Question in Insolvency: Comparative Aspects », *International Insolvency Review* 1995, vol. 4, p. 25 et s.
- Georges (F.)**, « La réforme des sûretés mobilières », *R. F. D. L.* 2013/3-4, p. 319 et s.
- Gilmore (G.)**, « The Secured Transactions Article of the Commercial Code », 16 *Law and Contemporary Problems* 27 (1951)
- Goode (R.)**, *Commercial Law*, Penguin Books, London, 3rd éd., 2004
- Grégoire (M.)**, « Perspectives de droit des sûretés : vers une nouvelle maîtrise du risque », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 10 ;
- « Les sûretés réelles », in *Synthèse de droit bancaire et financier – Liber amicorum André Bruyneel*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 343 et s. ;
 - « Rapport belge – Les nouvelles fonctions de la propriété », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Vietnamiennes, T. LIII, Société de Législation Comparée, 2006, p. 331 et s. ;
 - *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, préf. A.-M. Stranart, avant-propos P. Van Ommeslaghe, Bruylant, coll. de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1992
- Gross (K.)**, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, 1999
- Guedegbe (S. I. B.)**, « Le crédit-bail à l'épreuve du droit des procédures collectives après la révision de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », in *Les horizons du droit OHADA – Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo*, CREDIJ, 2018, p. 501 et s.
- Harmathy (A.)**, « Sûretés réelles entre droit réel et droit personnel », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon : d'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, 1999, p. 285 et s.
- Hubrecht (G.)**, « La nouvelle loi espagnole du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession », *RIDC*, vol. 7-2, avril-juin 1955, p. 366 et s.
- Hürner (T.)**, « Aspects controversés des sûretés et privilèges financiers », *Forum Financier / Droit bancaire et financier*, 2008/1, p. 28 et s.
- Jackson (T.-H.)**, « The fresh-start policy in bankruptcy law », 98 *HLR* 1393 (1985)
- James (J.-C.)**, « Sûretés-propriétés et procédures collectives en droit uniforme africain », in *Les horizons du droit OHADA – Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo*, CREDIJ, 2018, p. 19 et s.
- Jolly (S.)**, « Un procédé original de cession de créances en droit allemand : la Mantelzession », *Banque* mars 1975, p. 277 et s.
- Julienne (M.)**, « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », *RDC* déc. 2014, p. 656 et s.
- Klein (F.-E.)**, « La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP* 1979, p. 507 et s.
- Kouamé (S.-P.)**, « Les mirages de l'hypothèque conventionnelle en droit OHADA », *Penant* avril-juin 2016, n° 895, p. 269 et s.
- Lange (G. A.)**, « La cession massive de créances à titre de garantie en droit allemand », *RDBB* sept.-oct. 1993, p. 195 et s.
- Ledoux (J.-C.)**, « L'hypothèque pour toutes sommes, une panacée ? », *RCJB* 2001, p. 376 et s.
- Levasseur (A. A.)**, « L'article 9 du Uniform Commercial Code », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 697 et s.

- Macdonald (R. A.),** « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération législative des sûretés, la « présomption d'hypothèque » et le principe de « l'essence de l'opération » », in *Mélanges Germain Brière, Wilson & Lafleur*, coll. Bleue, 1993, p. 527 et s.
- Macdonald (R. A.) et Ménard (J.-F.),** « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », in *Mélanges offerts au Professeur François Frenette – Etudes portant sur le droit patrimonial*, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 309 et s.
- Moreau-Margrève (I.),** « L'hypothèque pour toutes sommes », *J. T.* 9 mars 1996, n° 5793, p. 181 et s. ;
- « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », in *Liber Memorialis François Laurent*, E. Story-Scientia, 1989, p. 581 et s.
- Morgan de Rivery-Guillaud (A.-M.),** *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, préf. H. S. Scott, avant-propos B. Audit, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 1990
- Njeufack-Temgwa (R.),** « Réflexions sur les procédés alternatifs de réalisation des sûretés réelles conventionnelles en droit OHADA », *RRJ* 2012-2, p. 1001 et s.
- Office de Révision du Code civil,** *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975
- Ortscheidt (P.),** « Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand », *RIDC* vol. 35, 1983-4, p. 767 et s.
- Payette (L.),** *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 5^e éd., 2015
- Piette (G.) et Georgijevic (G.),** « La réforme du droit mauricien des sûretés », *RIDC* vol. 66, 2014-4, p. 1071 et s.
- Pratte (D.),** « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », (1992) 23 *RDUS*, p. 175 et s.
- Riassetto (I.),** « Le droit d'utilisation du créancier bénéficiaire d'une garantie financière », *Journal des Tribunaux*, Luxembourg, 2010, p. 16 et s.
- Riffard (J.-F.),** « L'harmonisation internationale des droits des sûretés mobilières : ne ratons pas le train ! », *RDBF* mars-avril 2016, dossier 11 ;
- « Le Livre IX du Cadre Commun de Référence Européen et la future (?) loi modèle de la CNUDCI sur les sûretés réelles mobilières : Quand l'un vient d'en bas et l'autre d'en haut, il y en aura un de trop... », *Revue de droit uniforme* 2010, n° 15-2, p. 465 et s. ;
 - *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, avant-propos G. Rouhette, préf. J. Stoufflet, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997
- Röver (J.-H.),** « The EBRD's Model Law on Secured Transactions and its Implications for an UNCITRAL Model Law on Secured Transactions », *Revue de droit uniforme* 2010, n° 15-2, p. 479 et s.
- Rudden (B.),** « Things as Thing and Things as Wealth », 14 *Oxford Journal of Legal Studies* 81 (1994)
- Serick (R.),** *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand – Vue d'ensemble et principes généraux*, préf. C. Witz, LGDJ, 1990
- Setoguchi (Y.),** « La clause de réserve de propriété dans le droit japonais de la faillite », *BJE* mars 2020, p. 64 et s.
- Sigman (H. C.),** « The Security Interest in the United States : a Unitary Functional Solution », in M. E. Ancel (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 7, 2005, p. 55 et s.
- Shupack (P. M.),** « Defending Purchase Money Security Interests under Article 9 of the UCC from Professor Buckley », 22 *Indiana Law Review* 777 (1989)
- Stankiewicz Murphy (S.),** « L'influence du droit américain de la faillite et les créanciers en droit français : présent et futur », *RLDA* mars 2012
- Stranart (A.-M.),** « L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier », in *Réalités et fictions en droit des garanties – Hommage à la rigueur créatrice d'Anne-Marie Stranart*, Larcier, coll. de l'unité de droit économique de l'ULB, 2011, p. 205 et s. ;
- « L'hypothèque pour « toutes sommes » », in *Réalités et fictions en droit des garanties – Hommage à la rigueur créatrice d'Anne-Marie Stranart*, Larcier, coll. de l'unité de droit économique de l'ULB, 2011, p. 229 et s.
- Stroh (J. H.),** « Peripheral Security Interests – The Expanded Net of Article 9 », 22 *University of Miami Law Review* 67 (1967)

Struycken (T. H. D.), « Rapport néerlandais », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Portugaises, T. XLVII, LGDJ, 1998, p. 253 et s.

Tallon (D.), « Réflexions comparatives sur la réserve de propriété et les différents modes de crédit mobilier », in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Johannes Bärmann*, München, 1975, p. 921 et s.

Tanger (M.), *La faillite en droit fédéral des Etats-Unis*, préf. J. Larrieu, Economica, 2002

Toussaint (A.), « Le cautionnement réel : une simple sûreté réelle pour autrui ? », in I. Durant (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, Commission Université-Palais, Université de Liège, vol. 176, Anthémis, 2017, p. 153 et s.

Trockels (F.), « Aperçu du nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne », *RPC* 1996, p. 23 et s.

Vallens (J.-L.), « Les classes de créanciers, approche de droit comparé », *RPC* mai-juin 2019, dossier 17

Van Compennolle (J.), « Les sûretés réelles en droit belge », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 57 et s.

Witz (C.), « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », in *Vestigia Iuris – Festschrift für Günther Jahr*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1993, p. 533 et s. ;

- « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *RIDC* vol. 37, n° 1, janv.-mars 1985, p. 25 et s.

ANNEXE : Proposition de droit commun des sûretés réelles conventionnelles

Code civil

Livre Quatrième : Des sûretés

Art. 2284-1 Quiconque s'est obligé par une sûreté réelle, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens compris dans son assiette, présents et à venir.

Sous-Titre I : Dispositions générales

Aucune modification n'est apportée aux articles 2324 à 2328-1.

Chapitre premier : De la constitution des sûretés réelles conventionnelles

Art. 2328-2 Sauf disposition légale contraire, les seules sûretés réelles qui sont valablement constituées sont celles qui sont prévues par la loi. Elles consistent dans l'affectation préférentielle ou exclusive d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier.

Art. 2328-3 Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 2416 du présent Code, la promesse de sûreté réelle est susceptible d'exécution forcée.

Art. 2328-4 Sauf disposition contraire, les parties choisissent librement la sûreté à laquelle elles ont recours.

Art. 2328-5 La constitution d'une sûreté réelle nécessite la capacité de disposer.

Art. 2328-6 A peine de nullité, la sûreté réelle doit être conclue par un écrit désignant tant les biens grevés que les créances garanties.

Elle peut porter sur un bien ou un ensemble de biens, présents ou futurs.

Elle peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables.

Art. 2328-7 Les formalités de publicité légale imposées à peine d'inopposabilité d'une garantie réelle ne connaissent pas d'équivalent.

Art. 2328-8 La sûreté réelle peut porter sur un bien temporairement insaisissable ou inaliénable. Toutefois, sa réalisation est subordonnée à la levée de cette insaisissabilité ou inaliénabilité.

En revanche, une sûreté réelle ne peut avoir pour assiette un bien définitivement insaisissable ou inaliénable.

Art. 2328-9 La sûreté réelle peut porter sur une fraction aisément identifiable d'un bien, sauf si celui-ci est indivisible.

Chapitre deuxième : De la conservation des sûretés réelles conventionnelles

Art. 2328-10 Sauf si la loi ou la convention en disposent autrement, la sûreté réelle est indivisible.

En cas de division active de l'obligation garantie, chacun des créanciers peut saisir le bien grevé. En cas de division passive de l'obligation garantie, le créancier peut demander le paiement intégral à l'attributaire du bien grevé, dans la limite de sa valeur. La garantie demeure dans son intégralité tant que le créancier n'a pas été entièrement désintéressé.

En cas de pluralité de biens affectés à la garantie d'une créance, le créancier dispose de la faculté de choisir sur quel bien il la met en œuvre. Si le seul bien affecté à la garantie de la créance est divisé, chacune de ses portions garantit le paiement de l'intégralité de la dette.

Art. 2328-11 Les parties peuvent convenir que les biens composant l'assiette de la sûreté réelle sont aliénables par le constituant à charge de les remplacer par des biens de même nature, de valeur équivalente.

Sauf disposition légale ou conventionnelle contraire, le droit du créancier se reporte sur l'indemnité remplaçant le bien disparu par cas fortuit ou par le fait exclusif d'un tiers, tant qu'elle n'a pas été acquittée entre les mains du constituant.

En outre, les sûretés réelles ne conférant ni droit de suite, ni droit de rétention, permettent à leur titulaire de reporter leurs droits sur le prix de vente du bien grevé tant qu'il n'a pas été acquitté entre les mains du vendeur.

Art. 2328-12 La conclusion d'une sûreté réelle ne doit pas nuire à la situation patrimoniale du constituant. Il peut réclamer la restitution du bien grevé au bénéficiaire qui manque à ce principe, sans préjudice de dommages-intérêts.

Art. 2328-13 Le créancier peut réclamer des dommages-intérêts au constituant qui diminue par son fait exclusif l'efficacité de la sûreté conférée, sans préjudice de la sanction prévue par l'article 1305-4 du présent Code.

Art. 2328-14 Le fait, par un constituant de sûreté avec dépossession, de détruire ou de détourner ou de tenter de commettre ces actes sur l'objet affecté en garantie est puni des peines prévues pour le vol par les articles 311-3 à 311-10 du Code pénal.

Est puni des peines prévues pour l'abus de confiance par les articles 314-1 et 314-10 du Code pénal, le fait, pour tout constituant d'une sûreté sans dépossession, de détruire ou de tenter de détruire, de détourner ou de tenter de détourner l'assiette de la garantie en vue de faire échec aux droits du créancier.

Chapitre troisième : De la réalisation des sûretés réelles conventionnelles

Art. 2328-15 A défaut de paiement de la dette garantie, le titulaire d'une sûreté réelle bénéficie d'une option entre la saisie du bien grevé et son attribution judiciaire ou conventionnelle en propriété.

Le créancier hypothécaire peut également opter pour la location forcée du bien, soit par lui-même, soit par un tiers, lorsque la sûreté est consentie à des fins professionnelles. Il est alors tenu d'imputer les revenus produits par le bien sur le montant de sa créance jusqu'à son extinction. La location forcée prend fin par la mainlevée donnée par le créancier.

Art. 2328-16 Lorsque le créancier fait ordonner en justice la vente du bien grevé, cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, sans que la convention ne puisse y déroger.

Toutefois, lorsque la sûreté est constituée sur un ou des biens meubles à des fins professionnelles, le créancier peut faire procéder à la vente publique, par un notaire, un huissier, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, des objets affectés en garantie, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant.

Art. 2328-17 Le créancier qui entend se faire attribuer le bien grevé doit produire auprès de l'autorité chargée de la tenue du registre de publicité approprié un préavis, accompagné de la preuve de la signification au débiteur et, le cas échéant, au constituant, ainsi qu'à toute autre personne contre laquelle il entend exercer son droit.

Celui des créanciers dont le rang est antérieur a priorité, pour le choix du mode de réalisation de sa sûreté, sur ceux qui viennent après lui.

Les créanciers de rang antérieur ont la possibilité de forcer un créancier subséquent à recourir à la vente forcée du bien grevé tant que la propriété ne lui en a pas été transférée.

[Pour un droit commun de la mise en œuvre de l'attribution judiciaire et du pacte commissaire, v. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, 2019, n° 235 et s., p. 287 et s. Les textes proposés par Mme Séjean-Chazal prendraient place à la suite de l'article 2328-17 dont nous proposons la création].

INDEX

A

Actions directes :

- Imparfaites : 891 et s.
- Nantissement de film : 838.
- Parfaites : 887 et s.

Affectation :

- Exclusive : 77, 80 et s., 667 et s.
- Notion : 277 et s.
- Rapports avec les privilèges : 901 et s.

Attribution judiciaire : 21, 103, 207, 258, 359, 621 et s., 656, 755 et s., 836 et s., 935, 942.

C

Cautionnement réel :

- Analyse dualiste : 392 et s.
- Analyse moniste : 385 et s.
- Aptitude à consentir un cautionnement : 453 et s.
- Bénéfices de discussion et division : 468 et s.
- Bénéfice de subrogation : 472.
- Mentions manuscrites : 450 et s.
- Obligation de la caution réelle :

401 et s.

- Obligations d'information légales : 455 et s.
- Procédures collectives : 437 et s.
- Proportionnalité : 461 et s.

Cession « Dailly » :

- Cession-cadre : 851 et s.
- Conflit entre cessionnaires : 212 et s.
- Déclaration de créance : 665 et s.
- Immunité à la procédure collective : 664 et s.
- Nullités de la période suspecte : 684 et s.
- Transfert de propriété (non) : 72 et s.

Classes de créanciers :

- *Absolute priority rule* : 718.
- *Best interest test* : 717.
- Composition : 713 et s.
- Influence sur le droit français : 719 et s., 764.

Clause d'arrosage :

- Garanties financières (v. *ce mot*).
- Nantissement de compte-titres (v. *ce mot*).

- Warrants (v. *ce mot*).

Clause de voie parée : 614.

Concours de droits :

- Débiteur en procédure collective :

666, 691 et s., 733 et s., 756 et s.

- Débiteur *in bonis* : 617 et s.

- Notion : 53 et s.

Conflit de droits :

- Notion : 55 et s.

Crédit-bail :

- Accessoire : 104.

- Analyse contractuelle : 127 et s.

- Plan de cession : 742 et s.

- Plans de sauvegarde et de

redressement : 726.

- Pouvoirs du crédit-preneur : 90.

- Publicité : 551 et s., 652 et s.,

659 et s.

D

Discipline collective :

- Comités de créanciers : 708 et s.

- Consultation individuelle des

créanciers : 705 et s.

- Déclaration des créances :

650 et s.

- Droit de prélèvement des organes
de la procédure : 670, 678, 700, 728,
748, 763 et s.

- Droit prospectif : 756 et s.

- Interdiction des inscriptions :

689 et s.

- Interdiction des paiements :

691 et s.

- Interdiction des poursuites :

655 et s.

- Nullités de la période suspecte :

680 et s.

- Plan de sauvegarde ou de
redressement : 721 et s.

- Prise de garanties
disproportionnées : 686 et s.

- Restitution : 659 et s.

- Revendication : 652 et s.

Droit allemand :

- Classes de créanciers : 713 et s.

- Cession de créance : 852.

Droit américain :

- *Security interest* : 11, 299, 302,
486, 787 et s., 792 et s.

Droit anglais :

- *Floating charge* : 299, 302, 543.

- Privilège fiscal : 966.

Droit belge :

- Cautionnement réel : 419.

- Gage unique : 865, 882.

- Garantie de dettes futures : 305.

- Location forcée : 840.

Droit commun :

- Exécution forcée : 612 et s., 623.

- Gage : 485, 496, 515, 779 et s., 807 et s., 864 et s.
- Nantissement (non) : 496, 781, 807 et s., 815 et s.
- Notion : 490 et s.
- Sûretés conventionnelles et débiteur *in bonis* : 495 et s.
- Sûretés conventionnelle et débiteur en procédure collective : 643 et s., 762 et s.
- Sûretés pour autrui : 426 et s.
- Théorie générale : 30.

Droit de gage général : 12, 14, 51 et s., 279, 282, 284 et s., 310, 327, 342 et s., 362, 414, 536 et s., 610 et s., 649 et s., 886, 904 et s.

Droit de l'OHADA :

- Cautionnement réel : 381.
- *Numerus clausus* des garanties réelles : 540.
- Nullités de la période suspecte : 685.
- Publicité des garanties : 826, 850.

Droit de préférence :

- Nantissement de créance : 162 et s., 180 et s.
- Notion : 8, 50 et s., 65.
- Plan de cession : 734 et s.
- Privilège : 901 et s.
- Quote-part : 696.
- Rang : 617 et s., 880 et s.

- Report sur le prix : 568 et s.

Droit de rétention fictif :

- Gage automobile : 875.
- Gage sans dépossession : 872 et s.
- Liquidation judiciaire : 876.
- Plan de cession : 743, 747.
- Plan de sauvegarde et de redressement : 728.
- Période d'observation : 698.
- Rapports avec les privilèges : 61.

Droit de rétention matériel :

- Efficacité en procédure collective : 700 et s., 728, 741, 752.
- Pouvoir de blocage : 758, 874 et s., 878 et s.
- Sûreté (non) : 16.

Droit de suite :

- Attribution judiciaire et pacte commissoire : 634 et s.
- Et droit de rétention : 811 et s., 872.
- Plan de cession : 735.
- Privilèges : 910 et s.
- Purge : 364 et s., 570 et s., 828 et s.
- Sûretés hypothécaires : 817 et s.

Droit québécois :

- Crédit-bail : 794.
- Droit commun des sûretés : 502 et s.
- Exécution forcée : 615, 636 et s.

- Gage de solde de compte financier : 801.
- Garantie de dettes futures : 306.
- Hypothèque unique : 789 et s., 796.
- Location forcée : 840.
- Réserve de propriété : 504 s.

E

Effacement des dettes : 109 et s.

Egalité des créanciers :

- Discipline collective (v. *ce mot*)
- Principe : 361, 536, 545, 552, 680 et s., 689, 705
- Rapports avec les privilèges : 917 et s., 949 et s.
- Sûretés *omnibus* : 310.

Exécution forcée :

- Attribution judiciaire et pacte comissoire : 622 et s.
- Attribution de la créance au saisissant : 182 et s.
- En procédures collectives : 655 et s.
- Mesures conservatoires : 191 et s.
- Soumission de principe des titulaires de sûretés réelles : 610 et s.
- Rapports avec l'exécution volontaire : 408 et s.

F

Fiducie-sûreté :

- Gage translatif de propriété : 236 et s.
- Notion : 80 et s.
- Panorama : 68.
- Publicité : 550, 826, 847 et s.
- Rapports avec le pacte comissoire : 96 et s.
- Répartition des pouvoirs : 76 et s., 90.

Fiducie-sûreté du Code civil :

- Convention de mise à disposition : 605.
- Convention de rechargement :
- Patrimoine d'affectation : 78, 241 et s., 446.
- Traitement en procédure collective : 682 et s., 692 et s., 698, 725, 731, 744, 751.

G

Gage :

- Avec dépossession : 65, 170, 510, 599.
- Créance (v. *nantissement de créance*).
- Droit commun (v. *ce mot*).
- En valeur : 573, 869 et s.
- Espèces : 224 et s., 539.

- Immeuble par destination :
866 et s.
- Immobilier : (v. *ce mot*).
- Rang du droit de préférence :
880 et s.
- Sans dépossession : 64, 599 et s.,
809, 848, 864 et s.
- Tacite : 938 et s.
- Translatif de propriété (v. *fiducie-
sûreté*).
- Unique : 864 et s.

Gage des stocks :

- Clause d'arrosage : 344, 869 et s.
- Option avec le droit commun :
513 et s.
- Régime d'origine : 515.

Gage immobilier :

- Abus de confiance : 601.
- Antichrèse : 173.
- Droit aux fruits : 173 et s.

Garantie de dettes futures :

- Principe de spécialité (v. *ce mot*)
- Droit belge (v. *ce mot*)
- Droit québécois (v. *ce mot*)

Garanties financières :

- Clauses d'arrosage : 855.
- Droit d'utilisation : 58.
- Facilité de constitution : 845 et s.
- Prévention du risque systémique :
7, 673, 676 et s., 860

- Résistance à la procédure
collective : 671 et s., 858 et s.
- Simplification de l'opposabilité :
847 et s.

Garanties légales du recouvrement des créances de salaire : 976 et s.

H

Hypothèque :

- Immobilière : 19, 295 et s.,
496 et s., 564.
- Légale : 930 et s.
- Location forcée du bien
hypothéqué : 840 et s.
- Mobilière : 818 et s.
- Sûreté-modèle : 821, 824.
- Promesse : 511 et s.
- Publicité : 822 et s.
- Purge : 828 et s.

N

Nantissement :

- Notion : 807.
- Impossibilité d'un droit commun :
814 et s.

Nantissement de compte :

- Fonctionnement : 249 et s.

- Efficacité en procédure collective :
251 et s.

Nantissement de compte-titres :

- Clause d'arrosage : 856 et s.
- Déclaration constitutive : 845 et s.
- Droit de rétention : 758, 858, 874,
879.

Nantissement de créance :

- Droit au paiement : 179 et s.,
200 et s.
- Droit de jouissance (non) :
177 et s.
- Et fiducie : 241 et s.
- Et nantissement de marché public :
204 et s., 219 et s.
- Gage sur créance : 156 et s., 244,
256, 264.
- Indisponibilité de la créance
nantie : 195 et s.
- Procédures collectives : 245 et s.,
254 et s.
- Transfert de propriété (non) :
181 et s.

Nantissement de film cinématographique :

- Délégation de recettes : 838 et s.
- Publicité : 822.
- Purge : 830.

Nantissement de fonds de commerce :

- Attribution judiciaire : 836 et s.

- Droit de rétention (non) : 811 et s.
- Hypothèque mobilière : 819.
- Immeubles par destination : 866.
- Publicité : 822 et s.

O

Obligation de garantie :

- Notion : 338 et s.
- Obligation de la caution réelle :
401 et s.
- Prestation de couverture : 341 et s.
- Prestation de règlement : 350 et s.

P

Pacte comissoire : 22 et s.,
96 et s., 242, 355 et s., 515, 518,
614, 622 et s., 656, 678, 755 et s.

Principe de spécialité :

- Affectation en garantie de biens
futurs : 299 et s.
- Cautionnement réel : 464 et s.
- Evolution : 295 et s.
- Garantie de dettes futures :
304 et s.

Privilège :

- Classement : 617 et s., 936 et s.
- D'exécution : 357 et s.
- Interprétation : 914 et s.
- Notion dualiste : 899 et s.

- Principe de nécessité : 957 et s.
- Principe de sobriété législative : 954 et s.
- Principe d'utilité : 959 et s.
- Qualité de la créance : 914 et s.

Privilèges de la procédure collective :

- Créances postérieures privilégiées : 986 et s.
- *New money* : 982 et s.
- *Post money* : 984 et s.

Privilège du syndicat des copropriétaires :

- Caractère occulte : 933 et s.
- Rapports avec l'hypothèque légale du syndicat : 962.

Privilèges du Trésor Public :

- Créances garanties : 971 et s.
- Publicité : 968 et s.
- Rang : 937, 973 et s.
- Suppression (non) : 964 et s.

Propriétés-sûretés :

- Crédit-bail (v. *ce mot*).
- Critique de la notion : 52, 83 et s.
- Fiducie-sûreté (v. *ce mot*).
- Notion : 85 et s.
- Réserve de propriété (v. *ce mot*).

R

Réserve de propriété :

- Accessoire : 105 et s.
- Analyse contractuelle : 127 et s.
- Biens incorporels : 803 et s.
- Caducité : 122 et s.
- Immobilière : 124 et s.
- Pluri-revendication de choses fongibles : 60.
- Procédure collective : 652 et s., 659 et s., 727, 742, 765.
- Publicité : 553 et s., 825 et s., 849 et s.
- Réalisation : 95 et s., 145 et s.
- Répartition des pouvoirs : 90.

S

Sûretés personnelles :

- Absence d'affectation : 279 et s.
- Notion : 293.
- Rapports avec le cautionnement réel : 385 et s.

Sûretés réelles :

- Action paulienne spéciale : 347 et s., 421, 912.
- Approche conceptuelle : 12 et s.
- Approche fonctionnelle : 11.
- Définition : 482.
- Evolution historique : 18 et s.
- Obligation de conservation de l'assiette : 343 et s., 832 et s.
- Obligation réelle de garantie :

325 et s.

Sûretés réelles conventionnelles :

- Bien inaliénable : 497.
- Capacité de disposer : 281 et s.
- Ecrit *ad validitatem* : 313 et s.
- Indivisibilité : 558 et s.
- Liberté de choix : 513 et s.
- *Numerus clausus* : 534 et s.
- Principe de spécialité : 294 et s.
- Principe général de proportionnalité : 524 et s.
- Promesses : 509 et s.
- Publicité : 545 et s., 825 et s., 849 et s.
- Réalisation : 608 et s.
- Responsabilité civile : 588 et s.
- Responsabilité pénale : 597 et s.
- Subrogation réelle : 568 et s.

Sûreté unique :

- Critique : 787 et s.
- Présentation : 792 et s.

T

Théorie générale : 30 et s.

Tiers acquéreur :

- V. *Droit de suite*.

W

Warrant :

- Agricole : 779, 867 et s., 876, 880 et s.
- Hôtelier : 867 et s., 880 et s.
- Industriel : 880 et s.
- Pétrolier : 851, 869 et s.
- Stocks de guerre : 880 et s.

PLAN DÉTAILLÉ

INTRODUCTION GÉNÉRALE	11
I) L'objet étudié : les évolutions récentes du droit des sûretés réelles	20
II) La marche à suivre : une théorie générale	38
PREMIÈRE PARTIE : LE CONCEPT DE SÛRETÉ RÉELLE	45
TITRE PREMIER : PRÉFÉRENCE ET EXCLUSIVITÉ	49
Chapitre 1 : Le rapprochement partiel de la préférence et de l'exclusivité	53
Section 1 : L'effacement de la distinction des sûretés traditionnelles et des droits exclusifs sur les biens du débiteur	55
§1) Le rapprochement général de la préférence et de l'exclusivité	56
A) La distinction théorique de la préférence et de l'exclusivité	57
B) La proximité réelle entre la préférence et l'exclusivité	64
§2) Le rapprochement limité des sûretés traditionnelles et des propriétés-sûretés	74
A) Le transfert de propriété fiduciaire, justification de l'exclusivité du bénéficiaire	75
B) Le véritable transfert de propriété, finalité de la vente avec réserve de propriété	88
Section 2 : Le maintien de la distinction des sûretés traditionnelles et des droits de propriété réservée	97
§1) L'inapplicabilité des principes fondamentaux du droit des sûretés	99
A) La « réalisation » de la propriété réservée	99
B) La perturbation du caractère accessoire de la propriété réservée	106
§2) La propriété réservée, une simple garantie contractuelle	122
A) La modification de la physionomie de la vente par la réserve de propriété	124
B) La revendication, préalable nécessaire à la mise en œuvre des garanties du contrat de vente	136
Chapitre 2 : Le nantissement de créance, entre sûreté préférentielle et sûreté exclusive	145
Section 1 : Le droit de préférence sur la créance nantie	150
§1) L'absence de droit de jouissance du créancier nanti	150
A) Le principe d'absence de droit de jouissance du titulaire d'une sûreté réelle	151
B) L'octroi exceptionnel d'un droit de jouissance à certains créanciers	155
§2) L'absence de transfert de la créance nantie au bénéficiaire	163
A) Nantissement de créance et procédures d'exécution forcée	165
B) Nantissement de créance et saisie conservatoire	169

Section 2 : Le droit exclusif sur la somme d'argent issue de la créance nantie	176
§1) Droit au paiement et intensité du droit du créancier nanti	177
A) Le paiement, moyen idéal de dégager la valeur d'une créance	178
B) La perception des fonds, condition insuffisante à leur conservation	185
§2) Le droit exclusif du nanti, conséquence de la nature du bien grevé	191
A) Le droit exclusif du nanti sur les fonds lorsque le constituant est in bonis	193
1 - Le droit exclusif sur des fonds individualisés	195
2 - Le droit exclusif sur des fonds confondus	198
B) Le droit exclusif incertain du nanti sur les fonds en procédure collective	205
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	219
TITRE DEUXIÈME : SÛRETÉS RÉELLES ET SÛRETÉS PERSONNELLES.....	223
Chapitre 1 : Le rapprochement considérable des sûretés réelles et personnelles	227
Section 1 : Le rapprochement par l'étendue de la garantie	229
§1) La réduction des différences techniques	230
A) L'affectation de l'assiette, technique propre aux sûretés réelles	230
B) La diversité des patrimoines en présence, condition de la qualification de sûreté personnelle	235
§2) L'assouplissement du principe de spécialité	242
A) L'avènement de la sûreté réelle omnibus à assiette flottante	244
B) Les limites communes à l'efficacité des garanties de dettes futures	257
Section 2 : Le rapprochement par l'obligation du constituant	267
§1) L'obligation réelle de garantie avant l'exigibilité de la créance	269
A) Obligation réelle et sûreté réelle	270
B) Obligation réelle et prestation de couverture	276
§2) L'obligation réelle de garantie à compter de l'exigibilité de la créance	287
A) La prestation de règlement « masquée » par l'obligation personnelle	287
B) La prestation de règlement révélée par le droit de suite	296
Chapitre 2 : Le cautionnement réel, entre sûreté réelle et sûreté personnelle	305
Section 1 : La qualification de cautionnement	309
§1) Le rejet des analyses monistes de la sûreté réelle pour autrui	310
A) L'impasse des théories monistes	310
B) La nécessité d'une théorie dualiste	315
§2) L'obligation réelle de garantir la dette d'autrui	319
A) L'obligation monétaire du constituant	320
B) L'obligation purement réelle du constituant	327
Section 2 : L'application raisonnée du régime du cautionnement	334
§1) La voie à suivre : le régime du cautionnement réel en procédure collective	335

A) Le caractère purement descriptif de la catégorie des « sûretés pour autrui »	336
B) La distributivité mise en œuvre dans le droit des procédures collectives	342
§2) Le chemin à parcourir : le régime du cautionnement réel hors procédure collective	349
A) Formation du cautionnement réel et régime du cautionnement personnel	350
B) Exécution du cautionnement réel et régime du cautionnement personnel	358
CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME	373
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	377
DEUXIÈME PARTIE : LES RÉGIMES DES SÛRETÉS RÉELLES	381
TITRE PREMIER : L'ÉTABLISSEMENT DU DROIT COMMUN DES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES	387
Chapitre 1 : La synthèse du droit commun hors procédures collectives	391
Section 1 : La phase de constitution de la sûreté	400
§1) L'équilibre des intérêts entre créancier et constituant	401
A) Le processus de constitution de la sûreté	401
B) La protection des constituants en situation de faiblesse	412
§2) La protection des tiers	419
A) Le numerus clausus des sûretés réelles	420
B) L'opposabilité des sûretés réelles	431
Section 2 : La phase conservatoire de la sûreté	442
§1) Le traitement préventif de l'inefficacité de la sûreté	443
A) L'indivisibilité de la sûreté	444
B) Le jeu extensif de la subrogation réelle.....	452
§2) Le traitement curatif de l'inefficacité de la sûreté	468
A) Responsabilité civile et sûreté.....	469
B) Responsabilité pénale et sûreté.....	477
Section 3 : La phase de réalisation de la sûreté	485
§1) Les procédures classiques d'exécution forcée	487
A) L'absence de préférence dans l'exécution.....	487
B) La préférence dans la distribution	493
§2) L'attribution du bien grevé au créancier	496
A) L'exclusivité procédurale dans l'exécution	497
B) L'absence d'exclusivité sur la valeur du bien.....	504
Chapitre 2 : La création du droit commun dans les procédures collectives.....	517
Section 1 : Sûretés réelles et période d'observation	522
§1) La neutralisation du droit de gage général des titulaires de sûretés réelles	523
A) Le principe : la soumission de tout créancier à la discipline collective	523

B) L'exception : la garantie réelle comme moyen de diminuer les contraintes de la discipline collective	530
1 – Les droits de propriété publiés avant l'ouverture de la procédure	531
2 – Les fiducies-sûretés dépourvues de patrimoine d'affectation	536
3 – Les garanties financières	542
§2) La neutralisation du droit de gage spécial des titulaires de sûretés réelles	548
A) La remise en cause de l'existence de la sûreté	549
B) L'intensité variable de l'interdiction des paiements.....	559
Section 2 : Sûretés réelles et détermination du sort du débiteur	568
§1) Sûretés réelles et plans de sauvegarde ou de redressement du débiteur.....	569
A) Sûretés réelles et élaboration du plan	570
B) Sûretés réelles et exécution du plan	583
§2) Sûretés réelles et liquidation du débiteur	590
A) Sûretés réelles et plan de cession	591
B) Sûretés réelles et cession isolée des biens du débiteur	602
1 – Le constat : le développement de l'individualisme	603
2 – La proposition : le retour à une procédure collective.....	608
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	623
TITRE DEUXIÈME : LA RATIONALISATION DU DROIT SPÉCIAL DES SÛRETÉS	
.....	629
Chapitre 1 : Rationalisation du droit spécial des sûretés mobilières conventionnelles	633
Section 1 : Les propositions rejetées	639
§1) La sûreté unique.....	640
A) Présentation de la sûreté unique	641
B) Critique de la sûreté unique	645
§2) La distinction des sûretés sur meubles corporels et incorporels	652
A) Le particularisme des sûretés sur meubles incorporels.....	653
B) L'inexistence d'une summa divisio	662
Section 2 : La proposition retenue – La summa divisio des sûretés hypothécaires et non-hypothécaires.....	670
§1) Ebauche d'un droit commun des sûretés hypothécaires	673
A) Unité de la catégorie	673
B) Harmonisation des prérogatives du bénéficiaire	685
§2) Ebauche de droits communs aux sûretés non-hypothécaires	695
A) Vers la fission du droit financier des sûretés et des sûretés sur actifs financiers	697
1 – Constitution et opposabilité des sûretés sur actifs financiers	697
2 – L'efficacité des sûretés sur actifs financiers	706

B) Vers la fusion du droit commun du gage et des gages spéciaux.....	716
1 – Gages spéciaux et immeuble par destination.....	718
2 – Gages spéciaux et clause d'arrosage	721
3 – Gages spéciaux et droit de rétention fictif	724
4 – Gages spéciaux et rang du droit de préférence	735
Chapitre 2 : Rationalisation du droit spécial des privilèges.....	741
Section 1 : Le constat du désordre.....	749
§1) La complexité de la notion de privilège.....	749
A) La mise en lumière de la diversité des privilèges	751
B) L'unité apparente sur le fondement de la « qualité de la créance »	760
§2) La complexité du régime des privilèges.....	769
A) Le cas particulier des privilèges immobiliers spéciaux	770
B) Les affres du classement des privilèges	777
Section 2 : Propositions pour une remise en ordre.....	785
§1) Les principes théoriques de remise en ordre du droit des privilèges	786
A) La nécessité du retour en force du principe d'égalité.....	787
B) La nécessité d'édicter des principes directeurs du droit des privilèges.....	790
§2) La réalisation de la remise en ordre du droit des privilèges	795
A) La suppression des privilèges superflus en droit commun.....	796
B) La limitation des privilèges au cours de la procédure collective.....	800
1 – La limitation des privilèges étatiques	801
2 – La limitation du domaine des autres privilèges	811
CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME	827
<i>CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE</i>	<i>831</i>
<i>CONCLUSION GÉNÉRALE</i>	<i>835</i>
<i>BIBLIOGRAPHIE.....</i>	<i>845</i>
I) Ouvrages généraux, manuels et traités	845
II) Ouvrages spéciaux, thèses et monographies	848
III) Articles, chroniques et actes de colloques.....	854
IV) Répertoires et encyclopédies.....	883
V) Notes et observations.....	884
VI) Droit comparé	889
<i>ANNEXE : Proposition de droit commun des sûretés réelles conventionnelles</i>	<i>893</i>
<i>INDEX.....</i>	<i>897</i>

PLAN DÉTAILLÉ **905**

Résumé : *Réformé par petites touches à une dizaine de reprises depuis le début du siècle, le droit des sûretés peine à trouver sa cohérence. Les sûretés réelles sont les victimes principales de cette instabilité. En effet, tant le développement des garanties exclusives, qu'elles reposent sur la propriété ou la rétention, que celui des sûretés pour autrui, ont considérablement brouillé le concept même de sûreté réelle. Par ailleurs, les contraintes imposées aux créanciers par le droit des procédures collectives et l'inflation constante du nombre de privilèges ont poussé les créanciers à rechercher systématiquement leur salut dans l'exclusivité, dont le régime est bien plus protecteur que celui des sûretés « traditionnelles », octroyant un simple droit de préférence. Par contre-coup, les objectifs du droit des procédures collectives sont plus difficiles à atteindre et de plus en plus de créanciers voient leurs droits partir en fumée. La présente thèse a pour objectif de démontrer que c'est de la restauration de l'efficacité du droit de préférence que peut revenir la cohérence du droit des sûretés réelles, et qu'elle seule est à même de permettre d'atteindre un modus vivendi acceptable entre les intérêts des constituants, des créanciers, des tiers et des entreprises en difficulté.*

Descripteurs : Cautionnement réel – Crédit-bail – Droit commun – Droit de préférence – Droit de rétention – Droit de suite – Fiducie – Gage – Garanties réelles – Hypothèque – Nantissement – Privilège – Procédures collectives – Réserve de propriété – Sûretés personnelles – Sûretés réelles – Théorie générale – Warrant

Title and Abstract: *As it was abundantly amended since the beginning of the century, the law of guarantees began to lose its coherence. Guarantees on goods suffer the most from this instability. Indeed, as exclusive guarantees and guarantees for the debt of others extended their empire, the concept of guarantee on goods became muddled. Simultaneously, bankruptcy laws and the constant rise in the numbers of privileges provided a powerful incentive for creditors to choose exclusive guarantees over preferential ones. As a result, some of them can be paid in full, whereas most of them receive nothing, and the goals pursued by bankruptcy laws tend to be a lot harder to attain. This thesis aspires to demonstrate that the rehabilitation of preferential rights is necessary to restore the coherence of securities on goods laws. It is, in fact, the only way to come to an agreement between the interests of debtors, creditors, third parties and bankrupted companies.*

Keywords: Exclusive rights – General Theory – Guarantee – Leasing – Mortgage – Preferential rights – Privilege – Reservation of title – Retention – Security – Security Interest – Trust

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.