

COLLECTION

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE
Laurent AYNÈS

DROIT DES SÛRETÉS

Laurent AYNÈS
Pierre CROCQ
Augustin AYNÈS

15^e édition

À JOUR DES
ORDONNANCES
DU 15 SEPTEMBRE 2021
PORTANT RÉFORME DU
DROIT DES SÛRETÉS
ET DES PROCÉDURES
COLLECTIVES

LGDJ

un savoir-faire de
Lextenso

DROIT CIVIL

DROIT DES SÛRETÉS

*Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
Prix Dupin aîné*

Laurent AYNÈS

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pierre CROCQ †

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Augustin AYNÈS

Professeur à l'Université Paris XII (UPEC)

15^e édition

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE • Laurent AYNÈS

Présentation de la collection

La collection de Droit civil réunit, après la disparition de Philippe Malaurie, outre Laurent Aynès, des auteurs qui ont le souci de renouveler l'exposé du droit positif et des questions qu'il suscite.

Les ouvrages s'adressent à ceux qui – étudiants, universitaires, professionnels – ont le désir de comprendre, en suivant une méthode vivante et rigoureuse, ce qui demeure l'armature du corps social.

Ouvrages parus

Introduction au droit

Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs

Droit des biens

Droit des obligations

Droit des contrats spéciaux

Droit des sûretés

Droit de la famille

Droit des successions et des libéralités

Droit des régimes matrimoniaux



© 2021, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
ISBN : 978-2-275-08924-9
ISSN : 1958-9905

SOMMAIRE

Premières vues	13
----------------------	----

PREMIÈRE PARTIE SÛRETÉS PERSONNELLES

TITRE I. – CAUTIONNEMENT	37
Chapitre I. – CARACTÉRISTIQUES DU CAUTIONNEMENT	45
Chapitre II. – FORMATION DU CAUTIONNEMENT	95
Chapitre III. – EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT	151
TITRE II. – GARANTIES NON ACCESSOIRES	211
Chapitre I. – GARANTIE AUTONOME	219
Chapitre II. – LETTRE D'INTENTION	237

DEUXIÈME PARTIE SÛRETÉS RÉELLES

Premières vues sur le droit de rétention	271
--	-----

TITRE I. – SÛRETÉS RÉELLES CONFÉRANT UN DROIT DE PRÉFÉRENCE	293
--	-----

SOUS-TITRE I. – SÛRETÉS PORTANT SUR L'ENSEMBLE DU PATRIMOINE	295
Premières vues sur les privilèges généraux	297

SOUS-TITRE II. – SÛRETÉS MOBILIÈRES	313
Chapitre I. – GAGE	315
Chapitre II. – NANTISSEMENT	353
Chapitre III. – PRIVILÈGES MOBILIERS	377

SOUS-TITRE III. – SÛRETÉS IMMOBILIÈRES	391
Chapitre I. – LA PUBLICITÉ FONCIÈRE	393
Chapitre II. – HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE	413
Chapitre III. – HYPOTHÈQUES LÉGALES ET JUDICIAIRE	459

TITRE II. – SÛRETÉS RÉELLES CONFÉRANT UN DROIT EXCLUSIF	477
Chapitre I. – PROPRIÉTÉ TRANSMISE	481
Chapitre II. – PROPRIÉTÉ RÉSERVÉE	515

TABLE DE CORRESPONDANCE DES ARTICLES CITÉS	529
--	-----

INDEX DES ADAGES	533
INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES	535
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	545
TABLE DES MATIÈRES	553

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Sources du droit (Codes, Constitutions...)

ACP = Ancien Code pénal	Const. = Constitution
ACPC = Ancien Code de procédure civile	COJ = Code de l'organisation judiciaire
AUS = Acte Uniforme portant organisation des Sûretés	Conv. EDH = Convention européenne des droits de l'homme
BGB = <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)	CPC = Code de procédure civile
CASF = Code de l'action sociale et des familles	CPC exéc. = Code des procédures civiles d'exécution
C. assur. = Code des assurances	C. pén. = Code pénal
C. aviation = Code de l'aviation civile et commerciale	CPP = Code de procédure pénale
CCH = Code de la construction et de l'habitation	C. propr. intell. = Code de la propriété intellectuelle
C. civ. = Code civil	C. rur. = Code rural et de la pêche maritime
C. com. = Code de commerce	CSP = Code de la santé publique
C. communes = Code des communes	CSS = Code de la Sécurité sociale
C. consom. = Code de la consommation	C. transp. = Code des transports
Ccs = Code civil suisse	C. trav. = Code du travail
C. déb. boiss. = Code des débits de boissons	C. trib. adm. = Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (ancien)
C. dom. Ét. = Code du domaine de l'État	C. urb. = Code de l'urbanisme
C. dr. can. = Code de droit canonique	D. = décret
C. env. = Code de l'environnement	D.-L. = décret-loi
C. fam. = ancien Code de la famille et de l'aide sociale	DDH = Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)
C. for. = Code forestier	DUDH = Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
CGCT = Code général des collectivités territoriales	L. = loi
CGI = Code général des impôts	LPF = Livre des procédures fiscales
Circ. = circulaire	NC pén. = Nouveau Code pénal
C. minier = Code minier	Ord. = ordonnance
C. mon. fin. = Code monétaire et financier	réd. L. 9 avr. 1898 = rédaction de la loi du 9 avril 1898
C. Nap. = Code Napoléon (édition de 1804)	Rép. min. = réponse ministérielle écrite
C. nat. = Code de la nationalité	
C.O. = Code suisse des obligations	

Publications (Annales, Recueils, Répertoires, Revues, Grands arrêts...)

<i>Act. proc. coll.</i> = Actualité des procédures collectives civiles et commerciales	<i>Annuaire fr. dr. int.</i> = Annuaire français de droit international
<i>Administrer</i> = Revue Administrer	<i>Ann. propr. ind.</i> = Annales de la propriété industrielle
<i>AJIC</i> = Annuaire international de justice constitutionnelle	<i>Arch. phil. dr.</i> = Archives de philosophie du droit
<i>AJDA</i> = Actualité juridique de droit administratif	<i>Arch. pol. crim.</i> = Archives de police criminelle
<i>AJPI</i> = Actualité juridique de la propriété immobilière	<i>ATF</i> = Annales du Tribunal fédéral (Suisse)
<i>ALD</i> = Actualité législative Dalloz	<i>BJE</i> = Bulletin Joly Entreprises en difficultés
<i>Ann. dr. com.</i> = Annales du droit commercial	<i>BOCC</i> = Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation

BOSP = Bulletin officiel du service des prix
Bull. cass. ass. plén. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
Bull. civ. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly Sociétés = Bulletin mensuel Joly Sociétés
Cah. dr. auteur = Cahiers du droit d'auteur
Cah. dr. entr. = Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur. = Cahiers de droit européen
CJEG = Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Comm. com. électr. = Communication – Commerce électronique
Contrats, conc., consom. = Contrats, concurrence, consommation
D. = Recueil Dalloz
DA = Recueil Dalloz analytique
D. Aff. = Dalloz Affaires
Dalloz Jur. gén. = Dalloz Jurisprudence générale
DC = Recueil Dalloz critique
Defrénois = Répertoire général du notariat Defrénois
DH = Recueil Dalloz hebdomadaire
Dig. = Digeste
DMF = Droit maritime français
Doc. fr. = La documentation française
DP = Recueil Dalloz périodique
Dr. adm. = Droit administratif
Dr. et patr. = Droit et patrimoine
Dr. et proc. = Droit et procédures
Dr. Famille = Droit de la famille
Droits = Revue Droits
Dr. ouvrier = Droit ouvrier
Dr. pén. = Droit pénal
Dr. prat. com. int. = Droit et pratique du commerce international
Dr. soc. = Droit social
Dr. sociétés = Droit des sociétés
EDCE = Études et documents du Conseil d'État
GAJA = Grands arrêts – Jurisprudence administrative
GAJ civ. = Grands arrêts – Jurisprudence civile
GACEDH = Grands arrêts – Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
GAJCE = Grands arrêts – Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes
GAJDIP = Grands arrêts – Jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal. = Gazette du Palais
GDCC = Grandes décisions du Conseil constitutionnel
J.-Cl. civil = Jurisclasseur civil
J.-Cl. com. = Jurisclasseur commercial

JCP E = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprises
JCP G = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP N = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale
JDI = Journal de droit international (Clunet)
JO = Journal officiel de la République française (lois et règlements)
JOAN Q/JO Sénat Q = Journal officiel de la République française (questions écrites au ministre, Assemblée nationale, Sénat)
JOCE = Journal officiel des Communautés européennes
JO déb. = Journal officiel de la République française (débat parlementaire)
Journ. not. = Journal des notaires et des avocats
JTL = Journal des Tribunaux Luxembourg
LPA = Les LPA
Lebon = Recueil des décisions du Conseil d'État
Quot. jur. = Quotidien juridique
RJDA = Revue de jurisprudence de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)
RFD aérien = Revue française de droit aérien
RD bancaire et bourse = Revue de droit bancaire et de la bourse
RD bancaire et financier = Revue de droit bancaire et financier
RDC = Revue des contrats
RDI = Revue de droit immobilier
RDP = Revue du droit public
R. dr. can. = Revue de droit canonique
RD rur. = Revue de droit rural
RDSS = Revue de droit sanitaire et social
RD uniforme = Revue du droit uniforme
Rec. CJCE = Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. Cons. const. = Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. cours La Haye = Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rép. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. com. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit commercial
Rép. pén. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit pénal
Rép. pr. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de procédure civile
Rép. sociétés Dalloz = Répertoire Dalloz de droit des sociétés
Rép. trav. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit du travail
Rev. arb. = Revue de l'arbitrage
Rev. crit. = Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. crit. DIP = Revue critique de droit international privé
Rev. dr. fam. = Revue du droit de la famille

Rev. hist. fac. droit = Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
Rev. loyers = Revue des loyers
Rev. proc. coll. = Revue des procédures collectives
Rev. sc. mor. et polit. = Revue des sciences morales et politiques
Rev. sociétés = Revue des sociétés
RFDA = Revue française de droit administratif
RFD const. = Revue française de droit constitutionnel
RGAT = Revue générale des assurances terrestres
RGD int. publ. = Revue générale de droit international public
RGDP = Revue générale des procédures
RHD = Revue historique du droit
RIDA = Revue internationale du droit d'auteur
RID comp. = Revue internationale de droit comparé
RID éco. = Revue internationale de droit économique

RID pén. = Revue internationale de droit pénal
RJ com. = Revue de jurisprudence commerciale
RJF = Revue de jurisprudence fiscale
RJPF = Revue juridique Personnes et Famille
RJS = Revue de jurisprudence sociale
RLDC = *R. Lamy dr. civil* = Revue Lamy de droit civil
RLDA = *R. Lamy dr. aff.* = Revue Lamy de droit des affaires
RRJ = Revue de recherche juridique (Aix-en-Provence)
RSC = Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R. sociologie = Revue française de sociologie
RTD civ. = Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. = Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur. = Revue trimestrielle de droit européen
RTDH = Revue trimestrielle des droits de l'homme
S. = Recueil Sirey

Juridictions

CA = arrêt de la *Court of Appeal* (Grande-Bretagne)
CA = arrêt d'une cour d'appel
CAA = arrêt d'une cour administrative d'appel
Cass. ass. plén. = arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte = arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réunies = arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. civ. = arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. = arrêt de la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation
Cass. crim. = arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. = arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE = arrêt du Conseil d'État
CEDH = arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CJCE = arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
Cons. const. = décision du Conseil constitutionnel

Cons. prud'h. = Conseil des prud'hommes
JAF = décision d'un juge aux affaires familiales
J.d.t. = décision d'un juge des tutelles
KB = arrêt du *King's bench* (Banc du roi) (Grande-Bretagne)
QB = arrêt du *Queen's Bench* (Banc de la reine) (Grande-Bretagne)
Réf. = ordonnance d'un juge des référés
Req. = arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Sent. arb. = sentence arbitrale
Sol. impl. = solution implicite
TA = jugement d'un tribunal administratif
T. civ. = jugement d'un tribunal civil
T. com. = jugement d'un tribunal de commerce
T. confl. = décision du Tribunal des conflits
T. corr. = jugement d'un tribunal de grande instance, chambre correctionnelle
T.f. = arrêt du Tribunal fédéral (Suisse)
TGI = jugement d'un tribunal de grande instance
TI = jugement d'un tribunal d'instance
TPICE = Tribunal de première instance des communautés européennes

Acronymes

AFNOR = Association française de normalisation
CCI = Chambre de commerce internationale
Ccne = Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

CEE = Communauté économique européenne
DASS = Direction de l'action sanitaire et sociale
DPU = Droit de préemption urbain

IRPI = Institut de recherche en propriété intellectuelle
 OHADA = Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
 OPE = offre publique d'échange de valeurs mobilières
 POS = plan d'occupation des sols

PUAM = Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
 PUF = Presses universitaires de France
 SA = société anonyme
 SARL = société à responsabilité limitée
 SAS = société anonyme simplifiée
 SCI = société civile immobilière
 SNC = société en nom collectif

Abréviations usuelles

A. = arrêté
 Adde = ajouter
 Aff. = affaire
 al. = alinéa
 Ann. = annales
 Appr. = approbative (note)
 Arg. = argument
 Art. = article
 Art. cit. = article cité
 Av. gal. = avocat général
 cbné = combiné
 cf. = se reporter à
 chron. = chronique
 col. = colonne
 comp. = comparer
 concl. = conclusions
 cons. = consorts
 Contra = solution contraire
 crit. = critique (note)
 DIP = Droit international public/Droit international privé
 doctr. = doctrine
 éd. = édition
 eod. vo = eodem verbo = au même mot
 Et. = Mélanges

ib. = *ibid.* = *ibidem* = au même endroit
 infra = ci-dessous
 IR = informations rapides
 loc. cit. = *loco citato* = à l'endroit cité
 m. n./déc./concl. = même note/décision/conclusion
 n. = note
 n.p.B. = non publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (inédit)
 op. cit. = *opere citato* = dans l'ouvrage cité
 passim = çà et là
 préc. = précité
 pub. = publié
 rapp. = rapport
 Sect. = section
 sté = société
 som. = sommaires
 supra = ci-dessus
 TCF DIP = Travaux du Comité français de DIP
 th. = thèse
 V. = voyez
 v = *versus* = contre
 vo = *verbo* = mot (*vis* = *verbis* = mots)
 *et** = décisions particulièrement importantes

Sauf indication contraire, les articles cités se réfèrent au Code civil.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

- Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, Dalloz, coll. Hypercours, 6^e éd., 2017.
- M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020.
- L. BOUGEROL et G. MÉGRET, *Droit du cautionnement*, coll. Guide pratique, Gazette du Palais, 2018.
- M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd., 2015 (cité : CABRILLAC-MOULY-PETEL).
- M. DAGOT, *Les sûretés*, Thémis, 1981.
- M. FARGE, *Les Sûretés*, PUG, 2007.
- J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004.
- D. LEGEIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, Manuel, LGDJ, 13^e éd., 2019.
- MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987 (cité : MARTY, RAYNAUD, JESTAZ).
- MAZEAUD-CHABAS, même titre, Montchrestien, 7^e éd. par Yves PICOD, 1999 (cité : MAZEAUD, CHABAS).
- J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles* (tome 1) et *Traité de droit civil – Droit spécial des sûretés réelles* (tome 2), LGDJ, 1996.
- M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, 3^e éd., 2017.
- Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2016.
- S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, Ellipses, 2^e éd., 2015.
- S. PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière*, Defrénois, 2014.
- G. PIETTE, *Mémento – Droit des sûretés*, Gualino, 14^e éd., 2020-2021, et *L'essentiel du droit des sûretés*, Gualino, 5^e éd., 2020-2021.
- T. REVET et F. ZÉNATI-CASTAING, *Cours de droit civil – Sûretés personnelles*, PUF, 2013.
- J.-F. RIFFARD, *Droit des sûretés*, Bréal, 2010.
- J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd., 2018.
- Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015.
- Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, précis Dalloz, 7^e éd., 2016 (cité : SIMLER et DELEBECQUE).
- Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, Droit fondamental, 2^e éd., 1998 (cité : THÉRY).
- LAMY, *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, 2020.
- Adde :*
- L'évolution des sûretés*, colloque de Deauville, n^o spéc., *RJ com.*, février 1982.
- Les garanties du crédit*, 82^e Congrès des Notaires de France, Nice, 1986.
- Les sûretés* (dans le commerce international), Feduci, LGDJ, 1984.
- Les garanties de financement*, Association Capitant, Journées portugaises, 1996.
- Actualité du droit des sûretés*, LPA, 17 juin 1998.
- Droit des sûretés, Analyse d'un renouveau, Dr. et patr.*, juillet-août 2002, n^o 106.
- Rapport Grimaldi : pour une réforme globale des sûretés, Dr. et patr.*, septembre 2005, p. 49 et s.
- Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, JCP G 2006, supplément au n^o 20.

- Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés, Contrats, conc., consom.*, 2006, n° 11 à 14.
- Réforme du droit des sûretés*, R. Lamy dr. civil, juillet-août 2006, supplément au n° 29.
- La réforme du droit des sûretés*, D. 2006, p. 1289 et s.
- Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes* (sous la dir. de Y. PICOD et P. CROCCO), Éditions juridiques et techniques, 2006.
- Sûretés mobilières : du nouveau*, Dr. et patr., n° 161, juill.-août 2007, p. 46 et s.
- La réforme des sûretés après neuf mois de pratique*, R. Lamy dr. aff., mars 2007, p. 67 et s.
- Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Litec, 2007.
- Réformes des sûretés : premiers bilans*, Dr. et patr., avril 2012, p. 55 et s.
- L'attractivité du droit français des sûretés réelles – 10 ans après la réforme*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016.
- 2006-2016 : bilan de la réforme des sûretés* (sous la dir. de M. JULIENNE), JCP N 2016, n° 12, 1101-1109.
- Droit des sûretés – Perspectives*, Revue de droit d'Assas, n° 19, déc. 2019, p. 103 et s.
- Comparaison du droit français et du droit roumain des sûretés* (sous la dir. de M. BEHAR-TOUCHAIS et Ph. DUPICHOT), IRJS éditions, coll. A. Tunc, t. 116, 2021.
- La réforme du droit des sûretés après l'ordonnance 2021-1192 du 15 septembre 2021*, Journée d'études du 7 octobre 2021, RDC 2021/4, Dossier.
- Réforme du droit des sûretés : décryptages* (sous la dir. de A. AYNÈS), *Solution Notaire Hebdo*, 11 oct. 2021, n° 32.
-

PREMIÈRES VUES

1. Objet. – Le Code civil français comporte un Livre IV, intitulé : *Des sûretés*. Ce livre est récent : il procède d'une ordonnance du 23 mars 2006, entrée en vigueur le 25 mars, puis de l'ordonnance du 15 septembre 2021, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022. C'est dire l'importance et l'autonomie, aujourd'hui consacrée, de ce corps de règles. Cependant, le législateur n'a pas défini la sûreté.

Les sûretés sont liées au droit du crédit. Le droit du crédit est celui de la confiance. Il a pour objet les mécanismes juridiques qui permettent au créancier de faire confiance au débiteur, parce qu'ils lui donnent l'assurance qu'il sera payé à l'échéance. « Créancier », « confiance », « crédit », tous ces mots ont une racine commune¹. Les mécanismes juridiques qui rendent sûr le rapport d'obligation parce qu'ils protègent le créancier contre les conséquences de l'insolvabilité du débiteur s'appellent traditionnellement : les sûretés.

Les sûretés garantissent au créancier l'exécution future d'une obligation ; elles sont indissociables de l'obligation de somme d'argent à terme². Car elles permettent au créancier de se prémunir contre la défaillance du débiteur, dont le risque augmente avec le temps : celle-ci peut être liée non seulement à la mauvaise volonté du débiteur lorsque l'obligation deviendra exigible, mais aussi à l'évolution générale de ses affaires, le précipitant dans une situation d'insolvabilité.

L'importance pratique des sûretés n'est pas à démontrer : sans sûreté, pas de crédit³, sans crédit, pas d'économie moderne. Le crédit est indispensable dans tous les rouages de la vie économique, de la production à la consommation.

1. Le verbe latin *credere* : avoir confiance, se fier.

2. En effet, s'il s'agit d'une obligation de donner (donc de transférer un droit réel), l'inexécution n'est pas concevable ; il suffira au tribunal de constater le transfert, lorsque les conditions en seront réunies. Quant à l'obligation de faire ou ne pas faire, ou bien elle est susceptible d'une exécution forcée en nature, et la garantie réside en la personne du débiteur, ou bien son inexécution se résout en dommages-intérêts, et nous sommes ramenés à l'obligation de somme d'argent.

3. Le crédit suppose en effet la monnaie, le temps et la confiance. Cf. RODIÈRE et RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, Dalloz, 3^e éd., n° 218 : « Selon l'enseignement classique, le crédit suppose la réunion de deux facteurs : le temps et la confiance... Il s'agit ici évidemment non pas d'un acte irréfléchi mais d'une confiance calculée ».

2. Garantie et sûreté. – La sûreté est donc une garantie, en ce qu'elle rend plus probable la satisfaction à terme du créancier⁴. Mais toute garantie n'est pas une sûreté⁵. Certaines règles inhérentes au rapport d'obligation constituent des garanties souvent efficaces, telles la résolution pour inexécution, l'exception d'inexécution ou la compensation. Plus nettement encore, le droit des obligations connaît des institutions principalement destinées à garantir le créancier : l'action directe⁶, la solidarité passive, en règle générale, ou l'obligation *in solidum*⁷. À la différence des sûretés, ces garanties sont la conséquence d'une situation déterminée, d'un ensemble de liens, ou de la nature de ces liens⁸. Les sûretés, au contraire, s'ajoutent au rapport d'obligation, elles n'en sont jamais la conséquence, et naissent d'une source distincte : la loi, un jugement ou une convention spéciale⁹.

Certains estiment qu'il est impossible d'englober en une définition unique l'ensemble des sûretés¹⁰. Un auteur propose pourtant la définition suivante : « 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 se fait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »¹¹. La sûreté se caractérise donc par trois traits : sa finalité : améliorer la situation du créancier sans l'enrichir ; son effet : la satisfaction du créancier et l'extinction de la créance ; sa technique : celle de l'accessoire, dont l'intensité peut être variable.

3. Droit du patrimoine. – Si les sûretés donnent un droit qui s'ajoute à la qualité de créancier¹², les instruments qu'elles mettent en œuvre ne sont pas

4. Certaines sûretés, en particulier les sûretés fiduciaires, assurent même directement la satisfaction du créancier (A. AYNÈS, « Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances », *Revue Procédure* 2008, n° 12, p. 44).

5. Sur les relations entre la notion de garantie et celle de sûreté, v. P. CROCOQ, *Propriété et garantie*, th. Paris II, LGDJ, 1995, préf. M. Gobert, n°s 264 et s. ; selon cet auteur, la garantie est une notion fonctionnelle, englobant la seconde, qui est conceptuelle, n° 287 ; v. également A. M. TOLEDO, *Notion de sûreté et droit du commerce international*, th. Paris I, ronéo, 1997. Rapp., analysant la subordination de créance comme étant une garantie et non une sûreté, M. HOUSSIN, *La subordination de créance*, préf. F.-X. Lucas, Bibl. dr. entr. en diff., t. 15, LGDJ, 2018, n° 201 et s.

6. *Contra*, P. CROCOQ, *op. cit.*, n° 277, pour qui c'est une sûreté.

7. *Les obligations*, coll. Droit civil ; v. également A. HONTEBEYRIE, « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC* mars 2014, p. 77 et s. Cependant, la solidarité peut parfois être utilisée comme une sûreté personnelle : v. *infra*, n° 5.

8. L'obligation *in solidum* est une conséquence de la pluralité de débiteurs et de l'unité de dette ; l'action directe, une conséquence de la présence d'un groupe de contrats.

9. De là l'hésitation à faire entrer dans la catégorie des sûretés certaines garanties inhérentes au rapport d'obligation : la réserve de propriété, le droit de rétention, le crédit-bail et même les privilèges ; sur cette question, v. P. CROCOQ, *op. cit.*, n°s 288 et s.

10. CABRILLAC-MOULY-PETEL, *Droit des sûretés*, n° 2, qui, cependant, avancent deux idées complémentaires : la sûreté augmente les chances de paiement à l'échéance, en affectant la valeur d'un bien, ou d'un groupe de biens ; Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., n° 6, estime qu'une définition est soit inutile, soit impossible.

11. P. CROCOQ, *op. cit.*, n° 282 ; *adde*, la définition de A. M. TOLEDO, th. préc., *supra*, note 4. Rapp. la définition des sûretés adoptée par l'art. 1 du nouvel Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS) au sein de l'OHADA. V. à propos de cette réforme, sous la dir. de P. CROCOQ, *Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des Sûretés*, Lamy, coll. Axe Droit, 2012.

12. Mais encore faut-il que cette qualité existe, ce qui n'est pas le cas lorsque celui qui prétend bénéficier d'une sûreté entend garantir non l'exécution d'une obligation personnelle mais le respect d'un droit réel : v., refusant en conséquence qu'une hypothèque puisse être constituée pour garantir un usufruit, Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2013, n° 12-18537, *RDC* déc. 2014, p. 742, n° 110y4, obs. A. Tadros.

originaux. Ce sont ceux du droit commun : droit des obligations¹³ ou droit des biens¹⁴. Ce n'est pas surprenant : le droit des sûretés est au carrefour de ces deux droits patrimoniaux. Il n'existe que par et pour le patrimoine. Par le patrimoine : les éléments du patrimoine (meubles ou immeubles) sont l'assiette des sûretés, ou même le patrimoine dans son ensemble. Pour le patrimoine : indispensables au crédit, les sûretés permettent la production et la circulation des richesses, l'accroissement du patrimoine.

Une relation intime unit l'évolution des sûretés à celle du patrimoine (III), qu'expliquent leur mécanisme (I) et leur rôle (II).

I. — Mécanisme

Pourquoi le créancier d'une somme d'argent¹⁵ non immédiatement exigible veut-il une sûreté pour asseoir sa confiance ? Il suffit pour répondre d'observer la situation du créancier démuné de sûreté, c'est-à-dire chirographaire¹⁶.

4. Créancier chirographaire. – Le droit du créancier chirographaire s'exerce sur tous les biens qui composent le patrimoine du débiteur ; c'est le gage général conféré par les articles 2284 et 2285 du Code civil. Lorsque la dette sera exigible, le créancier pourra faire saisir et vendre un élément quelconque du patrimoine du débiteur (à l'exception des biens insaisissables) et se payer sur le prix de vente. Apparemment, ce droit de gage, parce qu'il est général¹⁷, paraît être une garantie solide. En réalité, il est une garantie illusoire pour deux raisons :

— Entre la naissance de la dette et son exigibilité, le patrimoine du débiteur a pu se modifier. Or, le créancier ne peut saisir que les biens existant au moment de la saisie. Si le débiteur a donné ou vendu les biens que le créancier a pris en considération pour asseoir sa confiance, celui-ci ne peut plus en principe les saisir. Exceptionnellement, l'action paulienne¹⁸ – mais elle suppose l'existence de la fraude (C. civ., art. 1167) – ou l'inefficacité de certains actes de disposition accomplis pendant la période suspecte en cas de « faillite » du débiteur¹⁹, permettent de faire rentrer et de saisir certains biens dans le patrimoine du débiteur. Pour le reste, la qualité de débiteur ne rend pas incapable de disposer de son patrimoine ; par conséquent les actes de disposition accomplis par le débiteur avant la saisie sont efficaces. Seule la saisie immobilise le bien au moment où elle est exercée. Le danger provient, sous ce premier aspect, du débiteur lui-même.

13. Pour les sûretés personnelles, v. *infra*, n^{os} 24 et s.

14. Pour les sûretés réelles, v. *infra*, n^{os} 251 et s.

15. Ou d'une obligation en nature susceptible de se transformer en dommages-intérêts, c'est-à-dire en somme d'argent.

16. Étymologiquement, le terme signifie que la créance est constatée par un acte sous seing privé (« écrit de la main ») ; ce qui est aujourd'hui encore une cause d'infériorité, non pas en ce qui concerne le droit de poursuite, mais à l'égard de la preuve et de la force exécutoire.

17. La loi du 11 juill. 1985 a permis cependant à un débiteur de limiter le droit de gage de ses créanciers en créant un patrimoine de l'entreprise, distinct du reste de ses biens sous la forme d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée devenue aujourd'hui la société unipersonnelle à responsabilité limitée (C. com., art. L. 223-1). Cette innovation a été ultérieurement complétée lors de la création de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) par une loi du 12 juill. 1999 (C. com., art. L. 227-1).

18. *Les obligations*, coll. Droit civil.

19. On emploie le terme de faillite dans un sens général ; juridiquement (C. com., art. L. 610-1 à L. 680-7) il s'agit de la sauvegarde, du redressement judiciaire, de la liquidation judiciaire des entreprises et du rétablissement professionnel.

— Le danger peut aussi provenir des autres créanciers saisissant les biens du débiteur. Lorsqu'ils concourent sur le prix de vente du bien saisi, de deux choses l'une : ou bien, le paiement est le prix de la course ; les premiers saisissants sont les premiers payés ; ou bien, le paiement s'effectue au marc le franc (C. civ., art. 2285) : lorsque plusieurs créanciers chirographaires saisissent le même bien, ou en cas de saisie collective (« faillite » du débiteur) – le même patrimoine, le prix se distribue entre eux par contribution, c'est-à-dire proportionnellement au montant de chaque créance. Si le prix est insuffisant, aucun créancier ne sera entièrement payé.

Le seul droit de gage général ne permet donc pas au créancier de se prémunir contre l'insolvabilité future du débiteur.

Il lui faut ajouter à sa qualité de créancier chirographaire une sûreté²⁰ ; et ceci de deux manières : soit en obtenant contre un autre que le débiteur un droit personnel, un droit de gage général sur un autre patrimoine que celui de son débiteur ; soit en se faisant donner, sur le patrimoine de son débiteur, une priorité.

5. Sûreté personnelle. – Dans le premier cas, le créancier conjure le risque d'insolvabilité en le répartissant sur deux patrimoines (ou davantage). Il obtient qu'un tiers s'engage aux côtés du débiteur, ce qui lui donne deux débiteurs au lieu d'un. Sans doute n'a-t-il, dans le patrimoine de chacun d'eux, qu'un droit de créancier chirographaire. Mais son droit de gage général est multiplié : il est peu probable que les deux (ou davantage) débiteurs seront l'un et l'autre insolubles lors de l'exigibilité de la dette.

Plusieurs institutions d'origine légale ou judiciaire (obligation *in solidum*, action directe) ou conventionnelle (assurance, solidarité passive, délégation, stipulation pour autrui, garantie autonome, cautionnement) permettent à un créancier d'avoir plusieurs débiteurs. Seuls le cautionnement, les garanties autonomes et, dans certains cas, la solidarité passive²¹ et la délégation, adjoignent au débiteur un garant

20. La sûreté augmente les chances de recouvrement de la créance. Parfois même, surtout à l'époque contemporaine, elle fournit au créancier le paiement lui-même (ex : fiducie-sûreté, pacte commissaire, attribution judiciaire) : A. AYNÈS, « Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances », *Procédures*, août-sept. 2008, p. 44.

21. Dans la solidarité passive, plusieurs débiteurs sont tenus envers le créancier de la même dette. La dette leur est commune en totalité ; le codébiteur qui paye la dette commune paye sa propre dette. Il est vrai que dans les rapports réciproques des codébiteurs, la dette se divise si bien que le codébiteur *solvens* dispose d'un double recours (personnel et subrogatoire : C. civ., art. 1251, 3^o) contre les autres codébiteurs, pour ce qui excède sa « *part et portion* » dans la dette. Certains auteurs en déduisent que la solidarité constitue, à cet égard, une sûreté : CABRILLAC-MOULY-PETEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., n° 438. Mais on peut observer que la solidarité n'est pas toujours conventionnelle, et que l'existence du recours apparaît comme une conséquence logique de la pluralité de débiteurs intéressés à la même dette. Il arrive cependant que l'un des codébiteurs solidaires n'ait aucun intérêt dans la dette : il se sera donc engagé, en réalité, à payer une dette qui est entièrement celle d'autrui, et disposera d'un recours intégral contre son codébiteur seul intéressé (C. civ., art. 1216). En ce cas, la solidarité répond à la définition de la sûreté personnelle. Ce n'est pas un cautionnement, puisque l'engagement du codébiteur non intéressé n'est pas, aux yeux du créancier, accessoire : D. R. MARTIN, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, 49. La Cour de cassation distingue bien ces deux sûretés : Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991, *Bull. civ. I*, n° 347 ; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, *Bull. civ. I*, n° 335. Cependant, un risque de requalification en cautionnement n'est pas à exclure : CABRILLAC-MOULY-PETEL, *op. cit.*, n° 441. La différence entre l'engagement de payer la dette d'autrui à titre accessoire (cautionnement) et à titre principal (codébiteur solidaire) est ténue (v., par exemple, à propos de l'engagement pris par le bénéficiaire d'une promesse de cession de parts sociales, avec faculté de substitution, de garantir solidairement le paiement du prix de cession par le cessionnaire substitué et retenant la qualification de codébiteur solidaire, Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28438, *RTD civ.* 2017, p. 660, obs. H. Barbier et p. 679, obs. P.-Y. Gautier ; *Gaz. Pal.* 26 sept. 2017, p. 62, obs. B. Dondero ; *D.* 2017, p. 1689, note J. François ; *RDC* 2017, p. 630, obs. D. Houtcieff ; *RD bancaire et financier* 2017,

obligé pour un autre. Ce garant dispose donc d'un recours contre le débiteur principal qui, seul, doit finalement supporter la dette²². Eux seuls constituent pour le créancier des sûretés.

6. Sûreté réelle. – L'autre solution est d'un esprit différent. Le créancier se contente du patrimoine de son débiteur²³. Mais il obtient par avance soit un droit de préférence sur le prix de la vente forcée d'un élément déterminé (meuble ou immeuble) ou de l'ensemble de ce patrimoine, soit un droit exclusif, la propriété, sur un bien qui sera restitué au débiteur en cas de paiement.

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. Demeure l'autre danger, provenant du débiteur lui-même : celui de la disparition du bien entre la naissance de la créance et l'exercice de la saisie.

Afin de rendre la sûreté réelle vraiment sûre, il faut donner au créancier non seulement un droit de préférence – qui ne s'exercera qu'après la saisie –, mais aussi un droit sur le bien, lui permettant d'éviter sa disparition avant que la dette ne soit devenue exigible. La solution la plus radicale consiste à exiger du débiteur qu'il remette l'objet sur lequel porte le droit de préférence entre les mains du créancier, qu'il s'en dépossède : dans une sûreté primitive comme le gage, la dépossession a été longtemps essentielle. Mais elle n'est pas toujours possible : que faire si l'assiette du droit de préférence est un immeuble, ou un meuble incorporel (fonds de commerce, créance, part de société civile) ou l'ensemble du patrimoine ? De plus, elle est inopportune lorsque l'objet donné en garantie n'a de valeur que par l'usage qu'on peut en faire (véhicule automobile, outillage, aéronef...). Il faut alors remplacer la dépossession par un droit de suite, permettant au créancier de suivre l'assiette de sa sûreté en quelque main qu'elle passe : le constituant peut en disposer, le créancier ne la perd pas pour autant.

Ces diverses prérogatives (droit de préférence et droit de suite) sont celles du droit réel, *jus ad rem*, et, comme la propriété, elles donnent au créancier un droit sur une chose²⁴. Mais à la différence de la propriété, elles ne confèrent pas une protection complète au créancier dans la mesure où leur objet demeure dans le patrimoine du débiteur, ce qui a notamment pour conséquences, d'une part, que le créancier peut se trouver en concours avec un autre créancier titulaire sur le même bien d'un droit de préférence prioritaire par rapport au sien et, d'autre part, qu'en cas de « faillite » du débiteur, l'objet de son droit de préférence étant inclus dans l'actif du débiteur en difficulté, le créancier verra ses droits restreints par l'application des règles de la procédure collective.

Ces inconvénients sont, en grande partie, évités lorsque le créancier se voit conférer non pas un simple droit de préférence sur un bien, mais un droit de

comm. 163, obs. D. Legeais ; *D.* 2017, p. 2183, obs. D. R. Martin ; *RTD com.*, 2017, p. 929, obs. J. Moury ; *Defrénois* n° 21, 5 oct. 2017, p. 25, obs. J.-B. Seube ; *JCP G* 2017, 1239, n° 1, obs. Ph. Simler). On peut en dire autant de l'indivisibilité : SIMLER et DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, n° 346.

22. Ce sont les deux critères de la sûreté personnelle : CABRILLAC-MOULY-PÉTEL, *op. cit.*, nos 23 et s.

23. Il existe une solution intermédiaire : obtenir un droit de préférence dans le patrimoine d'un tiers. Ce que permet ce que l'on appelait naguère le « cautionnement réel » et aujourd'hui la sûreté réelle pour autrui (v. *infra*, n° 69 et *infra*, n° 269 et s.).

24. Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, Economica, 2016 : l'auteur conteste la parenté entre les droits réels principaux et les sûretés réelles (*adde*, du même auteur, « Quel avenir pour les sûretés réelles ? », in *L'avenir du droit des biens*, colloque Lille 7 mars 2014, LGDJ, 2016, p. 131). En réalité, dans le cas des sûretés conférant un simple droit de préférence, il s'agit d'un droit sur la valeur de la chose et non sur la chose elle-même : cette valeur est affectée au paiement du créancier : CABRILLAC-MOULY-PÉTEL, *op. cit.*, n° 551.

propriété, c'est-à-dire un droit exclusif qui lui permet, en faisant sortir le bien du patrimoine de son débiteur (ou en l'empêchant d'y entrer), non seulement d'échapper sur ce bien à tout concours avec les autres créanciers de ce débiteur mais aussi d'éviter de se voir opposer bon nombre des restrictions qui sont imposées aux créanciers en cas de « faillite ».

Une telle propriété n'est cependant conférée au créancier qu'à des fins de garantie, la propriété du bien devant être rendue au débiteur en cas de paiement. Ceci a pour conséquence qu'à l'image du droit de préférence doublé du droit de suite, elle constitue un droit réel accessoire.

Droit personnel contre un autre que le débiteur, ou droit réel accessoire, telles sont les deux techniques du droit des sûretés.

II. — Rôle

Comme nombre d'institutions juridiques, les sûretés jouent à la fois un rôle positif et négatif.

7. Crédit immédiat ; engagement pour l'avenir. – Leur avantage principal est de favoriser le crédit²⁵. Elles en sont même, bien souvent, une condition car les établissements de crédit et sociétés de financement doivent respecter des exigences de fonds propres, prochainement renforcées par le comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Bâle III)²⁶ et réglementées par un règlement communautaire du 26 juin 2013²⁷, qui sont déterminées en fonction de leur exposition au risque, laquelle se trouve réduite si ces créanciers disposent de sûretés efficaces (cette efficacité devant, selon l'art. 194 du règlement, faire l'objet d'un avis juridique indépendant fourni par l'établissement de crédit à son régulateur²⁸). En conséquence, pour une même quantité de fonds propres, une banque pourra prêter plus ou moins selon que le crédit sera, ou non, garanti par une sûreté. De même, l'existence ou l'absence d'une sûreté efficace a une influence sur le taux du crédit et sur la durée de son remboursement²⁹. On observera, toutefois, que l'impact de l'efficacité des sûretés ne peut faire l'objet aujourd'hui que d'une détermination approximative, car actuellement les méthodes employées pour

25. Ce qui a pour conséquence que le bénéfice de la garantie illimitée de l'État constitue, pour une entreprise, une aide illicite si elle est sans contrepartie, l'octroi d'une telle garantie permettant d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers : v., dans le cas de La Poste, CJUE, 3 avr. 2014, n° C-559/12, *France c/Commission*.

26. A. VERBOOMEN et L. DE BEL, *Bâle II et le risque de crédit – Les règles actuelles et leur évolution sous Bâle III*, Larcier, 2011. L'accord de Bâle III a été adopté le 7 décembre 2017, mais n'entrera en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2022.

27. Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, *JOUE* du 27 juin 2013, L. 176/1 et s. Ce texte a été complété par la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (usuellement appelée « directive CRD IV »), laquelle a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 févr. 2014. V. les résultats de l'application de ces exigences in « Les chiffres du marché français de la banque et de l'assurance 2016 », https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/rapport_chiffres_2016_assemble_20171002.pdf

28. V. à propos des difficultés d'application de cette exigence, G. AFFAKI, *Banque et droit*, n° 161, mai-juin 2015, p. 58.

29. J. QIAN et Ph. E. STRAHAN, "How Laws and Institutions Shape Financial Contracts : The Case of Bank Loans", *The Journal of Finance*, Vol. LXII, n° 6, déc. 2007, p. 2803 ; M. Safavian, H. Fleisig and J. Steinbuks, "Unlocking dead capital : how reforming collateral laws improves access to finance", *Private sector development viewpoint, The World Bank Washington DC*, mars 2006, n° 307.

déterminer la valeur d'une sûreté et pour l'incorporer dans leur modélisation de risque de crédit différent selon les banques³⁰.

Il peut s'agir d'un crédit institutionnel distribué par les organismes de crédit (banques, établissements financiers) à la production, aux échanges et à la consommation, ou d'un crédit individuel : sûr d'être payé, le créancier se montre moins pressant, il accorde au débiteur des délais.

Ce qui peut aussi se révéler désastreux : grâce aux sûretés dont ils sont munis, certains créanciers se soucient peu d'exiger le paiement à l'échéance et laissent s'accumuler un passif dont les autres créanciers – chirographaires – font les frais³¹. Plus généralement, les sûretés engagent l'avenir, mais le débiteur, aveuglé par les avantages présents du crédit, n'en a pas toujours conscience. Contre la remise des fonds prêtés, ou l'octroi d'un délai – avantages immédiats –, il prend un engagement dont la rigueur à venir peut lui échapper.

C'est pourquoi le droit français a longtemps considéré la constitution conventionnelle de sûretés réelles (gage, hypothèque) comme un acte grave, exigeant une capacité de disposer, bien qu'il n'y ait pas, à proprement parler, disparition immédiate et certaine du bien pour le constituant³². Le cautionnement, au contraire, n'était pas soumis à cette règle ; il était, dans le Code civil, un « petit » contrat, relevant entièrement de la liberté contractuelle, bien que les dispositions qui lui étaient consacrées fussent abondantes.

Mais les choses changent. Sensible au risque de surendettement des particuliers, le législateur contemporain traite le cautionnement comme un acte grave³³. Alors qu'à l'inverse, la constitution d'une sûreté réelle limitant le risque du constituant à la perte d'un bien déterminé, contrepartie d'un crédit obtenu, paraît devoir être encouragée, seule la protection du logement exigeant certaines restrictions et imposant une obligation spécifique de mise en garde au créancier (C. cons., art. L. 313-1, 2^o, L. 313-12 et L. 313-16, issus de l'ord. n^o 2016-531 du 25 mars 2016)³⁴. Il est aujourd'hui admis que l'économie se nourrit de crédit, qu'il faut donc développer par la simplification des sûretés réelles. C'est peut-être ce qui explique qu'en 2006 les parlementaires aient accepté de laisser le gouvernement réformer les sûretés réelles par ordonnance (ord. du 23 mars 2006), mais aient refusé leur habilitation pour le cautionnement (L. du 28 juill. 2005, art. 24), avant de la lui donner en 2019 (L. PACTE du 23 mars 2019, art. 60), faute d'avoir pu eux-mêmes adopter la réforme que rendait nécessaire l'ancienneté des textes.

30. V. M. DIETSCH, H. FRAISSE et S. FRAPPA, « Comment les pondérations de risque différent-elles parmi les banques ? – Étude comparée sur les portefeuilles "Entreprises" des banques françaises ? », *Analyses et synthèses*, n^o 42, mars 2015, ACPR Banque de France.

31. Souvent, la « faillite » d'un commerçant est prononcée alors qu'il est depuis longtemps en état de cessation des paiements, certains créanciers importants (banques, Trésor public) ayant permis la survie artificielle, sans courir aucun risque, en raison de leur sûreté.

32. Cette idée traditionnelle est combattue par Ph. DUPICHOT : la constitution d'une sûreté réelle en garantie de sa propre dette ne crée aucun risque d'endettement ; de plus, la perte du bien à l'échéance, si la dette n'est pas payée, a pour contrepartie le crédit obtenu, qu'elle se borne à payer : *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. GRIMALDI, n^{os} 532 et 570 et s.

33. Par exemple, dans le droit du crédit au consommateur (loi *Neiertz* du 31 déc. 1989) ; ou dans le droit des régimes matrimoniaux (loi du 23 déc. 1985) : dans la communauté légale, le cautionnement n'engage les biens communs qu'avec le consentement des deux époux (C. civ., art. 1415 nouv.) ; ou à l'égard d'une caution personne physique (loi *Dutreil* du 1^{er} août 2003). Dans le cautionnement lui-même, la jurisprudence a naguère développé un formalisme de protection que l'ordonnance n^o 2021-1192 du 15 septembre 2021 a consacré : v. *infra*, n^{os} 104 et s.

34. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La reconnaissance légale de l'obligation de mise en garde par l'ordonnance n^o 2016-351 du 25 mars 2016 », *Contrats, conc. consom.* 2016, Étude 12.

Certaines sûretés présentent individuellement d'autres inconvénients, d'ordre économique. Elles peuvent augmenter le coût du crédit, lorsque leur constitution implique un acte notarié qui doit être publié (sûretés réelles) ; ou lorsque le garant exige, pour le risque qu'il court, une rémunération (sûretés personnelles). Elles peuvent entraver la circulation des biens : on revend difficilement un immeuble hypothéqué ou un meuble donné en gage, et la réalisation de la sûreté (saisie et vente forcée) est souvent lente et onéreuse.***

SÛRETÉS	QUALITÉS			
	Constitution simple et peu onéreuse	Adapté Ne gaspille pas le crédit du débiteur	Efficace	Réalisation simple et rapide
Privilège général	x	x		
Privilège mobilier général	x	x		
Privilège mobilier spécial	x	x		
Hypothèque et privilège immobilier		x	x	
Gage avec dépossession	x		x	
Gage sans dépossession	x	x	x	
Cautionnement	x	x		
Garantie autonome		x	x	x
Crédit-bail			x	x
Réserve de propriété	x		x	x
Cession Dailly et cession civile	x		x	x
Fiducie			x	x
Gage-espèces	x		x	x

8. Sûreté idéale³⁵. – Une sûreté idéale devrait avoir quatre qualités ; elle devrait être :

— d'une constitution simple et peu onéreuse, pour ne pas augmenter le coût du crédit ;

— adaptée à la dette qu'elle garantit – ni trop ni pas assez – afin d'éviter l'abus de sûreté qui gaspille le crédit du débiteur ;

— efficace, c'est-à-dire donner au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne s'exécute pas ;

— d'une réalisation simple, afin d'éviter les lenteurs et les frais inutiles.

Aucune sûreté ne réunit, en droit français, ces quatre caractères. Aucune sûreté ne les a eus dans le passé. Selon les époques, certaines sûretés s'approchent de l'idéal, comme le montre leur évolution.

35. V. A. GOUÉZEL, « Le choix de la garantie », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 2810, spéc. n° 40 et s.