

précis
DOMAT

DROIT PRIVÉ

Philippe THÉRY
Charles GIJSBERS

DROIT DES SÛRETÉS

LGDJ un savoir-faire de
Lextenso

DROIT DES SÛRETÉS

PHILIPPE THÉRY

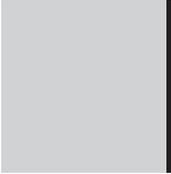
Professeur émérite de l'Université Paris Panthéon-Assas

CHARLES GIJSBERS

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas



© 2022, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN 9782275095004



SOMMAIRE

Introduction	13
PREMIÈRE PARTIE. LES SÛRETÉS PERSONNELLES	25
Titre 1. Le cautionnement	29
Chapitre 1. Le contrat de cautionnement	35
<i>Section 1. Le consentement de la caution</i>	35
§ 1. Le consentement doit être certain	36
§ 2. Le consentement ne doit pas être vicié	37
§ 3. Le consentement doit être éclairé	39
§ 4. L'engagement doit être mesuré	50
<i>Section 2. Règles de capacité et de pouvoir</i>	55
§ 1. Un incapable peut-il s'engager comme caution ?	55
§ 2. Cautionnement et régime de communauté	57
§ 3. Cautionnement et droit des sociétés	59
<i>Section 3. Variétés de cautionnements</i>	65
§ 1. Variations sur le schéma de base	65
§ 2. Cautionnement civil et cautionnement commercial	70
§ 3. Cautionnement légal ou judiciaire	74
Chapitre 2. L'obligation de la caution	75
<i>Section 1. Analyse de l'obligation</i>	75
§ 1. Pourquoi la caution s'oblige-t-elle ?	76
§ 2. À quoi la caution s'oblige-t-elle ?	79
<i>Section 2. Défaut de paiement du débiteur et mise en œuvre du cautionnement</i>	91

§ 1. Le coup : poursuites du créancier contre la caution	91
§ 2. Le contrecoup : recours de la caution	98
Section 3. L'extinction de l'obligation de la caution	108
§ 1. Extinction à titre accessoire	109
§ 2. Extinction à titre principal	115
Titre 2. Les autres sûretés personnelles	127
Chapitre 1. La garantie autonome	129
Section 1. Régime juridique	132
§ 1. La constitution de la garantie	133
§ 2. La mise en œuvre de la garantie	137
§ 3. Recours après paiement	141
Section 2. Nature juridique	144
§ 1. Substitut d'un dépôt de fonds	145
§ 2. Substitut d'un cautionnement	146
Chapitre 2. La lettre d'intention	151
DEUXIÈME PARTIE. LES SÛRETÉS RÉELLES	155
Titre 1. Les sûretés traditionnelles	161
Sous-titre 1. Les privilèges	163
Section 1. Règles communes	164
§ 1. Régime des privilèges	164
§ 2. Nature des privilèges	166
Section 2. Privilèges portant sur un ensemble de biens	168
§ 1. Privilèges grevant tous les biens du débiteur	168
§ 2. Privilèges grevant tous les meubles du débiteur	172
Section 3. Privilèges grevant un bien déterminé	174
§ 1. Privilèges fondés sur l'idée de gage tacite	175
§ 2. Privilèges fondés sur l'enrichissement du débiteur	178
§ 3. Privilège fondé sur la conservation de la chose	180
Sous-titre 2. Les sûretés mobilières	183
Chapitre 1. Le gage de meubles corporels	185
Section 1. Constitution	186
§ 1. Formation	186
§ 2. Opposabilité	191

Section 2. Efficacité	196
§ 1. Le gage avec dépossession	196
§ 2. Le gage sans dépossession	203
Chapitre 2. Le nantissement de créance	209
Section 1. La convention de nantissement	211
§ 1. Constitution du nantissement	211
§ 2. Opposabilité du nantissement	214
Section 2. Les droits du créancier nanti	216
§ 1. Le droit de rétention sur la créance nantie	216
§ 2. La mise en œuvre du nantissement	219
Chapitre 3. Les sûretés mobilières spéciales	223
Section 1. Les hypothèques mobilières	225
§ 1. Les hypothèques de meubles corporels	225
§ 2. Les hypothèques de meubles incorporels	228
Section 2. Les gages spéciaux	235
§ 1. Les gages spéciaux abolis	235
§ 2. Les gages spéciaux en sursis	237
Section 3. Les nantissements spéciaux	239
§ 1. Les nantissements de créance	240
§ 2. Les nantissements de droits sociaux	241
Sous-titre 3. Les sûretés immobilières	249
Chapitre 1. Sources de l'hypothèque	255
Section 1. L'hypothèque conventionnelle	255
§ 1. Aptitude à consentir l'hypothèque	255
§ 2. Forme de la constitution d'hypothèque	259
§ 3. Contenu de l'acte constitutif	264
Section 2. Les hypothèques légales	271
§ 1. Hypothèques légales générales	271
§ 2. Hypothèques légales spéciales	274
Section 3. L'hypothèque judiciaire	279
Section 4. Observations sur les différents types d'hypothèques	280
§ 1. Différences tenant aux conditions de naissance de la sûreté	281
§ 2. Différences tenant aux créances garanties et à l'assiette	282
§ 3. Différences tenant au coût de l'inscription	283

Chapitre 2. L'hypothèque, droit sur le bien	285
<i>Section 1. Le droit d'hypothèque peut, en principe, grever tous les droits immobiliers</i>	285
§ 1. Droits susceptibles d'hypothèque	286
§ 2. L'étendue du droit d'hypothèque relativement au droit grevé....	288
<i>Section 2. Le constituant doit être titulaire du droit grevé</i>	290
§ 1. Principe	290
§ 2. Droit d'hypothèque et indivision	292
<i>Section 3. L'indivisibilité de l'hypothèque</i>	297
§ 1. Indivisibilité quant à l'obligation garantie	297
§ 2. Indivisibilité quant au bien grevé.....	298
<i>Section 4. L'opposabilité du droit d'hypothèque : l'inscription au service de la publicité foncière</i>	300
§ 1. Évolution historique et aspect politique de l'inscription	300
§ 2. Le rôle de l'inscription	302
§ 3. Les formalités de l'inscription	306
§ 4. Le moment de l'inscription	307
§ 5. La durée de l'inscription	310
Chapitre 3. L'hypothèque, droit sur la valeur du bien	315
<i>Section 1. La conservation de la valeur</i>	315
§ 1. Contenu	316
§ 2. Sanctions.....	317
<i>Section 2. L'appréhension de la valeur</i>	319
§ 1. La transformation de l'immeuble en argent : du droit sur l'immeuble au droit sur sa valeur	319
§ 2. L'exercice du droit de préférence sur la valeur du bien	337
§ 3. L'attribution en nature de l'immeuble hypothéqué	343
Chapitre 4. Transmission de l'hypothèque	347
<i>Section 1. Transmission du droit d'hypothèque avec la créance garantie</i>	347
§ 1. Modes de transmission du droit commun	348
§ 2. Règles spéciales de transmission des créances hypothécaires	350
<i>Section 2. Transmission de l'hypothèque à titre principal</i>	353
§ 1. Conventions ayant pour objet les avantages attachés à l'hypothèque	353
§ 2. Détachement de la sûreté pour garantir une créance nouvelle....	355

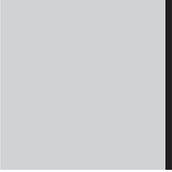
§ 3. Transmission de l'hypothèque et publicité foncière	357
Chapitre 5. Extinction de l'hypothèque	361
<i>Section 1. Modes d'extinction de l'hypothèque</i>	<i>361</i>
§ 1. Renonciation à l'hypothèque	363
§ 2. Perte du bien hypothéqué	364
<i>Section 2. Extinction de l'hypothèque et radiation de l'inscription</i>	<i>366</i>
§ 1. Radiation volontaire	366
§ 2. Radiation judiciaire	369
§ 3. Réduction de l'inscription	369
Chapitre 6. Le gage immobilier	371
<i>Section 1. Constitution du gage immobilier</i>	<i>372</i>
<i>Section 2. Effets du gage immobilier</i>	<i>373</i>
Titre 2. Les droits exclusifs	375
Chapitre 1. Le droit de rétention	377
<i>Section 1. Conditions du droit de rétention</i>	<i>379</i>
§ 1. La créance	379
§ 2. La détention	380
§ 3. Le lien entre la créance et la détention	383
<i>Section 2. Effets du droit de rétention</i>	<i>385</i>
§ 1. Refus de restituer : son opposabilité	385
§ 2. Exceptions	388
Chapitre 2. Les sûretés-propriété	391
<i>Section 1. La propriété cédée à titre de garantie</i>	<i>394</i>
§ 1. Les sûretés-propriété du Code monétaire et financier	395
§ 2. Les sûretés-propriété du Code civil	402
<i>Section 2. La propriété retenue à titre de garantie</i>	<i>411</i>
§ 1. La conclusion de la réserve de propriété	414
§ 2. Mise en œuvre de la réserve de propriété	417
Titre 3. Les conflits de garanties	425
<i>Section 1. Qu'est-ce qu'un conflit de droits préférentiels ?</i>	<i>426</i>
§ 1. Le conflit doit opposer des créanciers du même débiteur	426
§ 2. Le conflit doit concerner des biens appartenant au débiteur	427
<i>Section 2. Règles de classement</i>	<i>428</i>
§ 1. Conflits réglés selon la publicité	429

§ 2. Conflits réglés en fonction de la nature du droit préférentiel.....	431
TROISIÈME PARTIE. QUESTIONS COMMUNES	435
Titre 1. La durée des sûretés	437
Chapitre 1. Les données du problème	439
<i>Section 1. Cautionnement de dettes futures et cautionnement de dettes présentes</i>	439
<i>Section 2. Sûretés personnelles et sûretés réelles</i>	444
Chapitre 2. Les principes de solution	447
<i>Section 1. Sûretés de dettes futures</i>	447
§ 1. Régime général de la garantie	447
§ 2. Particularités de la garantie du compte courant	457
<i>Section 2. Sûretés de dettes présentes</i>	461
§ 1. Principes	461
§ 2. Aménagements	462
Titre 2. Le « cautionnement réel »	465
<i>Section 1. Les termes de la controverse</i>	465
<i>Section 2. Le nouveau régime des garanties réelles pour autrui</i>	469
Titre 3. L'interférence des procédures d'insolvabilité	471
<i>Section 1. Situation des créanciers</i>	471
§ 1. Règles communes	472
§ 2. Dispositions spéciales au redressement et à la liquidation judiciaires	476
<i>Section 2. Situation des garants</i>	479
§ 1. La situation des garants dans les procédures d'insolvabilité liées à l'activité professionnelle	480
§ 2. La situation de la caution dans les procédures civiles d'insolvabilité	484
Titre 4. La gestion des sûretés	487
<i>Section 1. Nature juridique</i>	489
<i>Section 2. Désignation</i>	490
<i>Section 3. Effets</i>	492
Index	495

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

arg.	argument
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i> (chambres civiles)
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. assur.	Code des assurances
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPC exéc.	Code des procédures civiles d'exécution
C. expr.	Code de l'expropriation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. rur.	Code rural
CA	cour d'appel
Cass. 1 ^{re} civ.	1 ^{re} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^e civ.	2 ^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^e civ.	3 ^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réunies	chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. com.	chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i> (recueil <i>Dalloz</i>)
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Droit des sociétés</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>

<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique</i> (Semaine Juridique, recueil) (G : édition générale ; N : édition notariale ; CI : édition commerce et industrie)
<i>J.-Cl. civ.</i>	<i>Juris-Classeur civil</i>
<i>LEDEN</i>	<i>L'Essentiel droit des entreprises en difficulté</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>obs.</i>	observations
<i>RDC</i>	<i>Revue de droits des contrats</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
<i>RD bancaire et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>TGI</i>	tribunal de grande instance
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</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>Sirey</i>



INTRODUCTION

1 Sûretés et théorie du patrimoine. – Le droit des sûretés trouve sa raison d’être dans deux textes qui sont au fondement de la théorie du patrimoine :

Article 2284

Quiconque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

Article 2285

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.

Ces textes précisent quel moyen est offert au créancier impayé. Dans le cas, heureusement le plus fréquent, où la dette est acquittée à l’échéance, ces règles n’ont pas à jouer sinon comme un rappel pour le débiteur des conséquences d’un défaut de paiement. En revanche, si le débiteur est défaillant, le créancier impayé peut faire vendre un ou plusieurs biens du débiteur pour se payer sur leur prix. Il dispose donc d’un *droit de poursuite* dont l’assiette est *en principe* constituée de l’ensemble des biens et des droits du débiteur. La règle répond à une préoccupation morale – chacun doit répondre de ses actes et, dans le domaine patrimonial, celui qui s’engage engage ses biens¹. Et, puisque ce droit de poursuite doit permettre au créancier de se faire payer sur le *prix* des biens du débiteur en les faisant vendre² ou de se faire payer par les débiteurs du débiteur³, on voit que les articles 2284 et 2285

■ 1. Parce que la règle est de nature à décourager l’initiative individuelle, le législateur moderne encourage des techniques de limitation du risque patrimonial des entrepreneurs individuels : la société unipersonnelle, l’EIRL, la déclaration d’insaisissabilité, etc. V. *infra* n° 3.

■ 2. La plupart des saisies sont organisées en vue de la vente des biens, selon les modalités propres à leur nature (meubles corporels, immeubles, droits incorporels...). Sur d’autres modalités de poursuite, v. *infra* n° 481 et s. (hypothèques), *infra* n° 240 et s. (gage) et *infra* n° 274 et s. (nantissement).

■ 3. Ce qui constitue le dénouement normal des saisies qui portent sur des créances de sommes d’argent.

ne s'appliquent pas à tous les droits de créance, mais seulement aux obligations monétaires⁴.

Tant que l'actif du débiteur excède son passif, les créanciers n'ont rien à craindre. Dans le cas inverse, la situation du créancier devient incertaine. S'il fait preuve de diligence, peut-être pourra-t-il obtenir paiement avant les autres. Ce paiement est *le prix de la course* : le plus rapide est servi au détriment des autres, ce que l'on a parfois exprimé de manière imagée (*tarde veniantibus, ossa*⁵). Dans cette situation, l'enfer, ce sont les autres créanciers. Si je saisis un bien valant 100 qui aurait assuré le paiement des 80 qui me sont dus et qu'un autre créancier (120) se manifeste simultanément, je vais devoir partager parce que les biens répondent de *toutes* les dettes. Cette distribution va s'effectuer « par contribution », c'est-à-dire de manière égalitaire : le gage *commun* confère à chacun les mêmes droits (C. civ., art. 2285). Le traitement égalitaire des créanciers consiste à les payer à proportion du montant de leur créance, de telle sorte que la perte résultant de l'insuffisance d'actif soit proportionnellement identique pour chacun. Si l'actif se monte à 100 et le passif à 200, chacun recevra la moitié de ce qui lui est dû, soit 40 pour moi, et 60 pour l'autre créancier.

Tout créancier se trouve donc exposé au risque d'une insolvabilité plus ou moins étendue de son débiteur, risque d'autant plus grand que le créancier a consenti un terme au débiteur : en attendant l'échéance qui permettra au créancier de réclamer le paiement, le passif peut s'accroître et l'actif s'amoindrir. Une fois n'est pas coutume, en effet, le Code civil a, en la matière, des inspirations évangéliques : le créancier de la onzième heure a les mêmes droits que celui de la première heure, et l'antériorité du titre ne confère aucune priorité de paiement.

2 L'utilité des sûretés. – Elle est précisément de remédier à ce risque d'insolvabilité. Deux parades sont concevables :

a) *Ne pas mettre tous ses œufs dans le même panier* : il est possible d'adjoindre au débiteur « principal » un second débiteur qui, selon le texte de l'article 2288 du Code civil, « s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ». Ce nouveau débiteur est désigné sous le nom de *caution*. La caution est, en principe, tenue d'une obligation personnelle qui engage tous ses biens. Cautionner revient à prendre en charge le risque d'insolvabilité du débiteur qui, jusqu'alors, pesait sur le créancier : si la caution est amenée à payer, elle exercera ensuite un recours contre le débiteur sur qui pèse la charge définitive de la dette⁶, mais l'efficacité de ce recours est évidemment tributaire de la solvabilité du débiteur. Si, en 1804, le cautionnement constituait l'unique garantie personnelle, d'autres sont apparues depuis lors qui se caractérisent par une rigueur plus grande – garantie autonome – ou une rigueur moindre – lettre d'intention⁷ – à l'encontre du garant.

■ 4. C. civ., art. 1343 et s. Aux obligations monétaires dès l'origine, il faut ajouter celles qui le deviennent après leur naissance (ex. les dommages et intérêts dus à raison d'une inexécution contractuelle).

■ 5. « Aux tard venus, les os ». Il n'y a donc plus rien à « manger » comme aimait à dire l'avoué Desroche dans la nouvelle de Balzac (« Un homme d'affaires »). On aurait pu dire « après moi le déluge... ».

■ 6. V. *infra* n° 100 et s.

■ 7. Une moindre rigueur en apparence, car le garant ne prend pas l'engagement de payer à la place du débiteur mais uniquement d'adopter un comportement de nature à éviter sa défaillance. Mais les

b) L'autre parade est évoquée dans l'article 2285 : la distribution entre les créanciers des sommes provenant de la vente des biens du débiteur est, en principe, égalitaire, « à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence »⁸. Les causes de préférence permettent aux créanciers de passer *avant* les autres. C'est, en quelque sorte, l'inverse du handicap dans les compétitions sportives... Reprenons l'exemple donné plus haut : si je bénéficie d'un droit de préférence pour ma créance de 80, je passerai avant l'autre créancier ; je recevrai 80 et lui ne recevra que 20. Dans la mesure où cette préférence déroge au principe d'égalité, on comprend qu'elle ne puisse résulter que de « causes légitimes » qu'il faut comprendre ici comme des causes *prévues par la loi*.

Dans cette présentation, qui est désormais celle du Code civil⁹, l'opposition des deux types de sûretés est nette. Le cautionnement donne au créancier un droit de créance *contre un tiers* et lui confère un droit de poursuite dont l'assiette – l'actif de la caution au moment des poursuites – est fluctuante. Pour cette raison, on parle de *sûreté personnelle*. À l'opposé, les causes de préférence s'exercent sur les biens *du débiteur*¹⁰. La préférence qui renforce le droit de poursuite porte le plus souvent sur un ou plusieurs biens déterminés, mobiliers ou immobiliers, ce qui justifie la qualification de *sûreté réelle*¹¹.

À ce stade, une définition provisoire peut ainsi être proposée : *une sûreté est une prérogative adjointe à l'obligation pour pallier une éventuelle défaillance du débiteur*.

3 Mécanismes à effet de garantie. – Si la sûreté a spécifiquement pour objet de protéger le créancier contre une défaillance du débiteur, d'autres techniques juridiques, qui n'ont pas été spécialement créées à cette fin, permettent de parvenir à un résultat comparable. La catégorie est vaste, et passablement hétéroclite.

Beaucoup relèvent *du droit des obligations*. Ainsi, la *compensation* évite tout concours lorsqu'il existe des obligations réciproques¹² ; l'existence d'un *compte* entre les parties (compte courant, compte de récompenses, rapport de dettes...) permet d'agrèger les obligations réciproques dans une créance unique, le solde ; la *solidarité*, l'*obligation in solidum* et l'*indivisibilité* permettent de faire peser sur les codébiteurs le risque d'insolvabilité de l'un d'eux puisque chacun, à l'égard du créancier, est obligé à toute la dette ; l'*action directe* permet au créancier d'être rempli de ses droits en s'adressant à un tiers, débiteur de son débiteur : la victime contre la compagnie d'assurances, le sous-traitant contre le maître de

conséquences en sont parfois plus rudes car les dommages et intérêts dus par le garant peuvent très bien excéder le montant de la dette en souffrance (v. *infra* n° 164).

■ 8. Il est possible qu'il existe entre les créanciers titulaires de sûretés un ordre de préférence, en raison de la nature de la créance par exemple – v. *infra* à propos des privilèges spéciaux – ou, lorsque la sûreté donne lieu à publicité, en fonction de l'ordre dans lequel elle a été accomplie.

■ 9. On verra plus tard que les sûretés réelles et personnelles peuvent se combiner dans des figures particulières (v. *infra* n° 660 et s.).

■ 10. Plus précisément de celui – il peut s'agir d'un tiers – qui a constitué la sûreté (v. *infra*).

■ 11. Il existe aussi des privilèges portant sur tous les biens du débiteur ou sur un ensemble de biens (les meubles). Leur nature prête à discussion (v. *infra* n° 177).

■ 12. La compensation est même le seul moyen de faire payer un insolvable. V. la nouvelle de BALZAC, « Un homme d'affaires ».

l'ouvrage, le créancier d'aliments contre « les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension »¹³. Dans les deux derniers cas, la proximité avec le cautionnement est évidente¹⁴ puisque le créancier peut s'adresser à plusieurs débiteurs. La *délégation de débiteur*, qui est d'abord un procédé de simplification des paiements, peut être utilisée à d'autres fins, notamment comme une garantie personnelle à l'efficacité renforcée¹⁵.

On en trouve aussi dans les *procédures civiles d'exécution*. On pense bien sûr aux sûretés judiciaires ou au privilège accordé au créancier qui a pratiqué une saisie conservatoire de créances¹⁶ qui se rattache aux sûretés. Mais d'autres techniques sont spécifiques, telle l'*insaisissabilité relative* qui permet à certains créanciers d'exercer leur droit de poursuite sur des biens qui échappent aux autres créanciers¹⁷. Elle a pris une place plus importante lorsqu'en 2003, le législateur a permis aux entrepreneurs de déclarer insaisissables les droits qui assuraient leur logement¹⁸.

Cette insaisissabilité, qui prive de leur droit de poursuite sur le bien les créanciers dont la créance est née après la déclaration du débiteur, illustre la variété des procédés au moyen desquels les créanciers peuvent se protéger. L'article L. 526-3 du Code de commerce permet de renoncer à cette insaisissabilité au profit d'un créancier. Le bénéficiaire de cette renonciation se trouve donc dans une situation meilleure que celle des autres créanciers professionnels puisqu'il recouvre un droit de poursuite sur un bien auquel les autres créanciers n'ont plus accès.

La loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a généralisé la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Le nouvel article L. 526-22 du Code de commerce prévoit ainsi désormais que : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil et sans préjudice des dispositions légales relatives à l'insaisissabilité de certains biens, (...) l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles ou renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 526-25 ». Le maintien d'une faculté de renonciation à l'insaisissabilité au profit d'un créancier donné garantit à ce dernier une prééminence qui, techniquement, ne s'analyse pas comme une sûreté mais produit un effet comparable¹⁹.

■ 13. CPC exéc., art. L. 213-1, al. 1^{er}.

■ 14. V. l'hypothèse visée à l'article 1318 du Code civil dont la rédaction est moins évocatrice que celle de l'ancien article 1216 (« Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions »).

■ 15. L'exemple typique en est fourni par la délégation de loyers : la banque qui finance l'acquisition d'un immeuble de rapport obtient du ou des locataires qu'il[s] s'engage[nt] à lui régler directement une somme égale au montant des loyers. V. M.-L. NIBOYET, « Une illustration du concept de droit civil des affaires. La délégation de locataire, à titre de garantie », in *Prospective du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 70 et s.

■ 16. CPC exéc., art. L. 523-1. La solution s'explique parce que la saisie ne rend la créance indisponible qu'à hauteur des sommes réclamées par le saisissant, ce qui permet au débiteur de profiter de l'excédent. Le privilège assure alors une protection contre des saisies ultérieures (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013, n° 1202).

■ 17. Les paiements faits aux créanciers d'aliments sont prélevés sur la fraction insaisissable de salaire et l'insaisissabilité n'est pas opposable à celui qui a fourni des aliments au débiteur (CPC exéc., art. L. 122-2, 3^o).

■ 18. C. com., art. L. 526-1 et s. Par la suite, la déclaration d'insaisissabilité a été étendue à tous les droits immobiliers de l'entrepreneur et, depuis 2015, elle s'applique automatiquement aux droits immobiliers qui assurent sa résidence principale. Pour les autres, une déclaration d'insaisissabilité est toujours nécessaire.

■ 19. Le texte vise en outre la possibilité pour l'entrepreneur de constituer une véritable sûreté réelle sur des biens relevant de son patrimoine personnel en garantie de créances professionnelles. Il pourrait ainsi

Le droit des biens offre d'autres exemples. Ainsi, les *biens indivis* échappent au droit de poursuite des créanciers personnels des indivisaires mais répondent des dettes nées avant l'indivision ou celles nées de leur conservation²⁰. La création d'une indivision conventionnelle peut rendre la saisie des biens difficile, sinon impossible, en permettant de mettre des biens à l'abri des poursuites de certains créanciers²¹.

La plupart de ces situations dérivent de la loi²² mais peuvent parfois être créées conventionnellement (convention d'indivision ou de compensation *in futurum*). À ces situations préférentielles, il faudrait ajouter celles qui résultent de contrats spécifiques (ex. assurance-insolvabilité), qui ne sont d'ailleurs parfois que des garanties mises en forme de contrat (crédit-bail ; vente à réméré).

4 Peut-on définir une sûreté ? Savoir s'il est possible de définir ce qu'est une sûreté est une question ouverte. Bien que certains auteurs estiment une telle définition introuvable, une définition a été proposée par Pierre Crocq, dont on peut partir pour expliquer la conception de cet ouvrage. La définition proposée est la 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 satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »²³.

Cette définition essaie d'être aussi compréhensive que possible. Elle inclut les sûretés réelles (affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens) et les sûretés personnelles (affectation d'un patrimoine) et souligne leur caractère accessoire (la sûreté est adjointe à l'obligation principale). Mais elle est critiquable pour le surplus :

— L'idée de l'adjonction d'un « droit d'agir » est ambiguë. Certes, avec les sûretés personnelles, un droit d'agir nouveau apparaît qui est celui qu'ouvre la sûreté contre le garant. Mais ce droit d'agir n'est autre que le droit de poursuite du créancier ordinaire sur les éléments d'actif de son débiteur : un garant s'engage pour autrui, mais il s'engage. Pour les sûretés réelles, cette adjonction d'un droit d'agir appelle des explications. Jusqu'à l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a réformé le droit des sûretés réelles, le créancier qui en bénéficiait ne disposait, pour mettre en œuvre son droit de préférence, que des procédures de droit

hypothéquer un immeuble personnel en garantie d'un emprunt visant à développer son activité professionnelle. Outre les droits de préférence et de suite, le créancier tirera alors de cette affectation en garantie un droit de poursuite sur le bien grevé malgré la séparation des patrimoines.

■ 20. C. civ., art. 815-17.

■ 21. C. civ., art. 1873-15. En dépit de la lettre du texte, il n'existe aucune procédure prévue pour la saisie de droits indivis, sans doute en raison de la complexité de sa mise en œuvre (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013, n° 741).

■ 22. Il faut en excepter la solidarité et l'indivisibilité. À tout le moins supposent-elles que l'on ait plusieurs débiteurs.

■ 23. *Propriété et garantie*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 248, préf. M. Gobert, n° 282.

commun²⁴. La sûreté réelle ne conférerait donc aucun droit d'agir dont le créancier ne fût déjà titulaire. Depuis l'ordonnance de 2006, les choses ont certes changé, puisque le créancier pourrait aussi devenir propriétaire soit en vertu d'une convention – pacte commissaire – soit d'un jugement²⁵. Mais ce droit particulier qui est apparu en 2006 ne change pas fondamentalement ce qu'était une sûreté réelle antérieurement : un droit sur la valeur du bien dans la limite de la créance impayée. Le créancier va, certes, devenir propriétaire du bien mais, si la valeur du bien excède le montant de sa créance, il devra verser la différence soit au débiteur, soit aux autres créanciers titulaires d'une sûreté réelle sur l'immeuble (*infra*). Économiquement, la situation du créancier sera la même, qu'il fasse vendre le bien ou qu'il en devienne propriétaire. On le voit, c'est de la créance et non de la sûreté réelle que, fondamentalement, le créancier tire le droit de se payer sur les biens du débiteur, même si la sûreté peut modifier les modalités des poursuites²⁶.

— L'affirmation – indiscutable – que la mise en œuvre de la sûreté a pour objet d'assurer le paiement du créancier et non de l'enrichir (il n'est riche que de sa créance) n'en reflète pourtant que partiellement la nature puisque le paiement n'est pas le dénouement nécessaire d'une sûreté. Si la sûreté renforce la situation du créancier, c'est parce que ce risque est assumé par un tiers – obligations personnelles – ou compensé par un droit de préférence.

En définitive, il n'est pas certain que la définition d'une sûreté soit nécessaire ou même utile. Le régime des sûretés classiques est suffisamment précis pour qu'une définition ne soit pas autre chose qu'une cerise sur le gâteau... Par ailleurs, la frontière entre les sûretés classiques et d'autres techniques juridiques qui peuvent rendre le même service est trop incertaine, si même elle existe. Ce que l'on peut dire est que la raison d'être des sûretés réside dans le risque de défaillance du débiteur, et seulement cela. D'autres techniques juridiques, on l'a vu, peuvent produire le même effet, mais servent aussi à d'autres fins.

5 Évolution du droit des sûretés : des origines à 1804. – Il ne saurait être question de retracer ici par le menu l'évolution du droit des sûretés, mais plutôt d'évoquer les tensions auxquelles il est soumis et qui lui donnent assez volontiers un caractère cyclique, telle préoccupation l'emportant à un moment donné, pour être progressivement remise en cause. Sur une longue période, l'évolution historique fait apparaître des tendances encore vivaces auxquelles s'ajoutent quelques spécificités nationales.

a) Le cautionnement a toujours évolué entre la rigueur due au créancier et la faveur à la caution. La rigueur, parce que le créancier ne peut se satisfaire d'une garantie de papier ; la faveur à la caution parce que l'engagement pris pour un tiers est dangereux. De ce fait, le régime du cautionnement évolue entre protection du créancier et protection de la caution et, si la garantie s'affaiblit par trop, le créancier recherchera, s'il en existe, des garanties plus efficaces.

■ 24. À l'exception de la possibilité de se faire attribuer par le juge la propriété d'un bien gagé (*v. infra*).

■ 25. Désormais, seules de rares sûretés réelles ne sont pas dotées de ce droit particulier, notamment le nantissement de fonds de commerce : *v. infra* n° 288 et s.

■ 26. V. en dernier lieu Cass. 1^{re} civ., 5 mai 2021, n° 19-15072 qui, à propos d'un prêt immobilier consenti à un époux commun en biens sans l'accord de son conjoint, refuse à la banque la possibilité de saisir l'immeuble financé (C. civ., art. 1415) malgré l'inscription sur l'immeuble du privilège de prêteur de deniers.

À Rome²⁷, le cautionnement formaliste (*sponsio* et *fidepromissio*) est progressivement adouci : octroi d'un recours contre le débiteur principal, recours des cautions entre elles, division de l'obligation entre les cautions. La loi *Cornelia* interdit qu'une même personne s'engage comme caution envers un créancier pour une somme excédant 20 000 sesterces par an. En réaction, un cautionnement plus rigoureux apparaît (*fidejussio*) : l'obligation passe aux héritiers, les cautions sont tenues *in solidum*. À nouveau, la rigueur du contrat fut atténuée : aménagement du recours contre le débiteur principal, division et recours entre fidéjusseurs.

Dans l'ancien droit français, le cautionnement est d'abord un engagement de la personne, qui pourra user de son influence sur le débiteur (plège influent) ou ira en prison si ce dernier ne paie pas (plège-otage). Exceptionnellement, le cautionnement prend un caractère patrimonial. Puis, progressivement, on retrouvera le cautionnement romain.

Certains aspects de cette évolution nous paraîtront étonnamment modernes. Le plège influent, n'est-ce pas la société-mère qui, par une lettre de confort²⁸, s'engage à tout faire pour que sa filiale s'acquitte de ses engagements ? L'adoucissement contemporain (v. *infra*) de la condition de la caution, l'émergence de garanties personnelles beaucoup plus rigoureuses²⁹ donnent une impression de « déjà-vu » d'autant que ces garanties, comme la *fidejussio* qui avait un caractère commercial³⁰, sont nées des usages du commerce.

b) L'évolution des sûretés réelles, pour être différente, n'en présente pas moins, elle aussi, un caractère cyclique. Initialement, la sûreté a pris la forme d'une transmission de la propriété, à charge de restituer le bien après paiement (*fiducia cum creditore*). L'opération présentait un double inconvénient : épuiser le crédit du débiteur, privé de son bien ; mettre dans une certaine mesure le débiteur à la merci du créancier qui pouvait aliéner le bien dont il devenait propriétaire, même temporairement. L'inconvénient pouvait être tempéré par une convention de précaire qui permettait au débiteur de conserver l'usage de la chose, ce que l'on retrouve avec la fiducie doublée d'une convention de mise à disposition du bien au profit du débiteur. À la fiducie a succédé le gage (*pignus*) qui ne transférait au créancier que la possession du bien, permettant ainsi au débiteur, resté propriétaire, de revendiquer le bien le cas échéant. La véritable utilité de la sûreté apparut surtout avec le droit de faire vendre le bien pour se payer sur le prix. La saisie d'un bien isolé a longtemps été ignorée en droit romain, et l'insolvable était exposé à la vente de tout son patrimoine (*venditio bonorum*)³¹. Le droit de distraire un bien pour le faire vendre constituait donc un avantage (comp. CPC exéc., art. L. 112-3).

L'hypothèque apparaît avec le droit reconnu au bailleur sur les instruments aratoires qui demeurent entre les mains du fermier, droit qui sera ultérieurement assorti d'un droit de suite. Il suffit de généraliser ce droit, au profit de tout créancier – et

■ 27. *Droit romain et ancien droit français (obligation)* par GIFFARD et VILLERS, 2^e éd., Dalloz, 1967, p. 266 et s.

■ 28. V. *infra* n° 162 et s.

■ 29. Garanties autonomes, v. *infra* n° 134 et s.

■ 30. GIFFARD et VILLERS, *op. cit.*, p. 372, n° 1.

■ 31. R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales*, Les cours du droit, 1981, t. I, p. 56 et s. – J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit privé*, 2^e éd., Dalloz, Précis, 2010.

non seulement du bailleur – et sur toutes sortes de biens, corporels d’abord, incorporels ensuite. Apparut alors l’avantage majeur de l’hypothèque : la possibilité d’affecter le même bien à la garantie de plusieurs créances, puisque ce bien n’était plus remis au créancier. L’inconvénient tenait au caractère occulte de la sûreté. Cette hypothèque réapparut en ancien droit français (*obligatio bonorum*) et avec elle une procédure de saisie immobilière. Le nantissement, lui, supposait toujours une remise du bien – mobilier ou immobilier –, avec, dans ce dernier cas, une distinction du mort-gage (le créancier faisait siens les fruits de l’immeuble sans imputation sur la créance³²) et du vif-gage (les fruits étaient perçus à titre de paiement³³). Aux xvii^e et xviii^e siècles, tout acte notarié emporte hypothèque sur les biens immobiliers. Il existe des hypothèques qui naissent sans convention ni jugement : celles de la femme mariée, des incapables, du fisc... Comme à Rome, les sûretés étaient occultes³⁴ malgré certaines tentatives infructueuses d’en assurer la publicité³⁵. L’évolution révèle une abstraction progressive des sûretés, détachées du bien au fur et à mesure que la technique s’affine. Si l’hypothèque est la « reine des sûretés », c’est parce qu’elle permet l’utilisation optimale du bien en tant qu’instrument de crédit.

- 6 Évolution du droit des sûretés : de 1804 à 2006.** – Depuis 1804, l’évolution des sûretés a été considérable. Sans même toucher aux textes, la pratique, appuyée sur le principe de liberté des conventions, a largement recréé le droit de 1804. Le droit des sûretés est plus souple que l’on pourrait le penser. Il est surtout extrêmement perméable aux influences extérieures.

Avant même la réforme partielle réalisée par l’ordonnance du 23 mars 2006, plusieurs facteurs s’étaient conjugués pour en provoquer l’évolution :

a) *L’évolution des patrimoines*, décrite par P. Catala³⁶, a pu influencer de manière déterminante la matière. La raréfaction de la fortune transmise ne peut pas ne pas affecter le droit des sûretés. Il y a en effet des sûretés de fortune faite. Ainsi, le gage qui, jusqu’en 2006, entraînait la dépossession du débiteur : pour se passer du bien, il faut en être propriétaire et, surtout, n’en avoir pas besoin. Pour hypothéquer, il faut être propriétaire d’un immeuble. Toutefois, il n’est pas vrai que l’on ne prête qu’aux riches. On prête aussi à ceux qui s’enrichissent. D’où le développement de sûretés adaptées à un patrimoine « en état futur d’achèvement ». Le gage sans dépossession va permettre à l’acquéreur d’un bien d’en user, tout de suite, sans l’avoir encore payé, parce que le bien est affecté à une activité produisant des revenus qui en assureront le paiement. Le phénomène de l’accession à la propriété qui, économiquement, s’accompagne d’un développement du financement privé, explique pourquoi la première sûreté immobilière a longtemps été le privilège accordé à l’établissement financier qui prête en vue de l’acquisition.

■ 32. Le mort-gage permettait donc un prêt à intérêt (usure), ce qui explique sa condamnation par la papauté (xii^e siècle).

■ 33. V. le gage immobilier *infra* n° 524 et s.

■ 34. Hormis dans le Nord et en Bretagne.

■ 35. V. *infra* n° 402 et s.

■ 36. « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, 185.