

Dominique Legeais

DROIT DES SÛRETÉS ET GARANTIES DU CRÉDIT

À JOUR
DE LA RÉFORME
DES SÛRETÉS ET DE
LA LOI DU 14 FÉVRIER
2022 SUR L'ACTIVITÉ
PROFESSIONNELLE
INDÉPENDANTE

15^e édition

LGDJ

un savoir-faire de

Lextenso

Dominique Legeais

Professeur agrégé à l'Université Paris Cité

DROIT DES SÛRETÉS ET GARANTIES DU CRÉDIT

15^e édition



un savoir-faire de

Lextenso



© 2022, LGDJ, Lextenso

1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr

ISBN : 978-2-275-11280-0 • ISSN 0990-3909

Sommaire

Liste des abréviations	13
Bibliographie	15
Introduction	17
§ 1. Raisons d'être des garanties	18
§ 2. Histoire du droit des garanties	20
§ 3. Classification des garanties	27
§ 4. Principes communs à l'ensemble des garanties	34

PREMIÈRE PARTIE – LES GARANTIES PERSONNELLES

SOUS-PARTIE 1 – Le cautionnement

49

TITRE 1. Le contrat de cautionnement

53

Chapitre 1. Notion de cautionnement

55

Section 1. Caractères essentiels du cautionnement

55

§ 1. Une convention unilatérale

55

§ 2. Caractère accessoire du cautionnement

64

Section 2. Classification des cautionnements

67

§ 1. Véritables cautionnements

67

§ 2. Cautionnements particuliers

75

Chapitre 2. Formation du cautionnement

87

Section 1. Le consentement des parties

88

§ 1. Existence du consentement

88

§ 2. Exigence d'un consentement éclairé

90

Section 2. Qualités exigées de la caution

101

§ 1. Capacité de la caution

101

§ 2. Pouvoir de se porter caution

102

§ 3. Exigence relative à la situation patrimoniale et au domicile de la caution

117

Section 3. Contenu du contrat de cautionnement

118

§ 1. L'objet du cautionnement

118

§ 2. Le contrôle de l'équilibre du contrat de cautionnement par le juge

124

Section 4. Formalisme du cautionnement

125

§ 1. Évolution relative à la portée du formalisme

126

§ 2. Cautionnements souscrits par les personnes morales soumis aux règles de preuve de droit commun	128
§ 3. Cautionnements soumis à un formalisme exigé à titre de validité de l'engagement de caution	131
§ 4. Le cautionnement souscrit par voie électronique	134
Section 5. L'exigence de proportionnalité	135
§ 1. Consécration du principe de proportionnalité	136
§ 2. Le régime de la proportionnalité consacré par l'ordonnance du 15 septembre 2021	142
Section 6. Étendue du cautionnement	146
§ 1. Principes d'interprétation du cautionnement	147
§ 2. Les cautionnements indéfinis	149
§ 3. Cautionnements limités	155
§ 4. Prohibition des cautionnements qui excèdent la dette	156
Chapitre 3. L'extinction du cautionnement	159
Section 1. L'extinction du cautionnement par voie accessoire	160
§ 1. Le paiement	160
§ 2. La dation en paiement	161
§ 3. La novation	161
§ 4. La remise de dette consentie par le créancier	162
§ 5. La compensation	163
§ 6. Portée de la transmission de la créance ou de la dette	164
§ 7. Nullité, résiliation et résolution de l'obligation principale	165
§ 8. La prescription	166
§ 9. Décès du créancier ou du débiteur	166
§ 10. Changement de structure de la société créancière ou débitrice	167
§ 11. Portée de l'absence de déclaration de la créance au représentant des créanciers	168
§ 12. Extinction en cas d'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net	169
Section 2. L'extinction du cautionnement par voie principale	170
§ 1. L'extinction du cautionnement de dettes présentes	170
§ 2. L'extinction du cautionnement de dettes futures	173
TITRE 2. Mise en œuvre du cautionnement	183
Chapitre 1. La poursuite de la caution	185
Section 1. Règles communes à l'ensemble des cautionnements	185
§ 1. Condition préalable à la poursuite	187
§ 2. Diligences requises du créancier	203
Section 2. Poursuite d'une caution simple	204

§ 1. Le bénéfice de discussion	204
§ 2. Le bénéfice de division	205
Section 3. Poursuite d'une caution solidaire	206
Chapitre 2. Libération de la caution par la faute du créancier ...	213
Section 1. Le bénéfice de cession d'actions ou bénéfice de subrogation	214
§ 1. Titulaires du bénéfice de subrogation	216
§ 2. Droits perdus par la caution	216
§ 3. La faute du créancier	218
§ 4. Exigence d'un préjudice	221
Section 2. La faute du créancier dispensateur de crédit	222
§ 1. Manquement du banquier à son devoir de mise en garde	225
§ 2. Le soutien abusif de crédit	228
§ 3. La rupture abusive de crédit	230
§ 4. Le non-respect de l'affectation des fonds prêtés	231
§ 5. Manquement au devoir d'éclairer la caution sur la portée de l'assurance-groupe souscrite	232
Section 3. Non-respect de l'obligation légale d'information	233
§ 1. Informations annuelles des cautions relatives à la portée de leur engagement	234
§ 2. Information des cautions relative à la défaillance du débiteur principal	236
Chapitre 3. Les recours de la caution	239
Section 1. Les recours contre le débiteur principal	240
§ 1. Les prérogatives avant paiement	240
§ 2. Recours après paiement contre le débiteur principal	240
Section 2. Recours de la caution contre les cofidéjusseurs	243
SOUS-PARTIE 2 – Les alternatives au cautionnement ...	247
Chapitre 1. L'adaptation des mécanismes de droit commun	249
Section 1. La promesse de porte-fort	250
Section 2. L'engagement solidaire	252
Section 3. La délégation imparfaite	254
§ 1. Renouveau de l'institution	255
§ 2. Régime de la délégation imparfaite	256
Section 4. Le constitut	258
Chapitre 2. Les créations de la pratique contractuelle	261
Section 1. Les garanties indépendantes	262

§ 1. La garantie indépendante internationale	262
§ 2. Les garanties indépendantes de droit interne	274
Section 2. Les lettres d'intention	281
§ 1. Classement des lettres d'intention	282
§ 2. Lettres constitutives de garantie	286

DEUXIÈME PARTIE – LES GARANTIES RÉELLES

Chapitre préliminaire	291
Section 1. Caractères essentiels des différentes sûretés réelles	291
§ 1. Définition de la sûreté réelle	291
§ 2. Classification	294
Section 2. Les principes gouvernant la réforme des sûretés réelles	298
§ 1. Motifs de la réforme	299
§ 2. Les modèles de sûretés transposables	300
§ 3. Caractères fondamentaux de la refonte récente du droit des sûretés réelles	307
Section 3. Critères de choix des sûretés	311
§ 1. Choix fondé sur les caractères propres à chaque sûreté	311
§ 2. Choix fondé sur le sort réservé aux sûretés par le droit des procédures collectives	313

TITRE 1. Les sûretés réelles traditionnelles

Chapitre 1. Le gage	335
Section 1. Les gages opposables avec dépossession	336
§ 1. Constitution du gage	337
§ 2. Opposabilité du gage	341
§ 3. Effets du gage avec dépossession	341
Section 2. Les gages opposables sans dépossession	347
§ 1. Le gage sans dépossession de droit commun	348
§ 2. Les gages sans dépossession spéciaux	356

Chapitre 2. Le nantissement de biens incorporels	361
Section 1. Le nantissement de créance	363
§ 1. Nantissement de créance de droit commun	363
§ 2. Le nantissement de compte	369
Section 2. Les nantissements sur biens incorporels spéciaux	371
§ 1. Le nantissement de fonds de commerce, de fonds artisanal et de fonds agricole	371
§ 2. Les sûretés cinématographiques	373
§ 3. Nantissement de logiciels	374

§ 4. Les sûretés judiciaires	374
§ 5. Le nantissement de parts sociales	375
§ 6. Le nantissement d'un compte de titres financiers	376
§ 7. Le nantissement de titres inscrits sur la blockchain	381
§ 8. Le nantissement d'un contrat d'assurance	382
Chapitre 3. L'hypothèque	385
Section 1. L'hypothèque immobilière conventionnelle	386
§ 1. Présentation de l'hypothèque	386
§ 2. Constitution de l'hypothèque	389
§ 3. L'inscription hypothécaire	401
§ 4. Effets de l'hypothèque	407
§ 5. Transmission et extinction de l'hypothèque	421
Section 2. Les hypothèques légales	424
§ 1. Les hypothèques générales	425
§ 2. Les hypothèques légales spéciales	427
Section 3. L'hypothèque judiciaire conservatoire	430
§ 1. Constitution de la garantie	431
§ 2. Effets attachés à l'hypothèque judiciaire conservatoire	432
Chapitre 4. Le gage immobilier	435
Section 1. Constitution et opposabilité de la sûreté	435
Section 2. Effets de la sûreté	436
Section 3. Extinction du gage immobilier	437
Chapitre 5. Les privilèges	439
Section 1. Notion de privilège	440
§ 1. Distinctions fondamentales	441
§ 2. Privilèges et institutions voisines	442
Section 2. Les privilèges doublement généraux	443
§ 1. Le privilège pour frais de justice	444
§ 2. Le privilège garantissant les salaires	444
§ 3. Le privilège de la période de conciliation	446
§ 4. Le privilège de procédure bénéficiant aux créanciers de la période d'observation	446
§ 5. Le privilège de sauvegarde ou de redressement	447
§ 6. Le privilège des agriculteurs	449
Section 3. Les privilèges immobiliers généraux	449
Section 4. Les privilèges mobiliers	450
§ 1. Les privilèges mobiliers généraux	450
§ 2. Les privilèges mobiliers spéciaux	452

Chapitre 6. Le droit de rétention	459
Section 1. Assiette du droit de rétention	461
§ 1. La chose assiette du droit de rétention	461
§ 2. L'exigence de conservation de la chose	462
Section 2. Créanciers bénéficiaires du droit de rétention	462
§ 1. La connexité conventionnelle	463
§ 2. La connexité juridique	463
§ 3. La connexité matérielle	464
§ 4. La reconnaissance du droit de rétention au créancier gagiste sans dépossession	464
Section 3. L'exercice du droit de rétention	464
§ 1. Portée du droit de rétention en dehors d'une procédure collective	465
§ 2. Portée du droit de rétention en cas d'ouverture d'une procédure collective	466
Section 4. La qualification du droit de rétention	467
§ 1. La qualification du mécanisme	467
§ 2. La nature du droit conféré au bénéficiaire du droit de rétention ...	467
 TITRE 2. L'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie	 469
Chapitre 1. La reconnaissance de la propriété garantie	471
Section 1. L'hostilité traditionnelle	471
§ 1. Impossibilité d'utiliser le droit de propriété à des fins de garantie	471
§ 2. Inopportunité de l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie	472
Section 2. Retour en grâce de la propriété-garantie	474
§ 1. Les justifications du retour en grâce de la propriété-garantie	474
§ 2. Portée théorique de la consécration	476
Section 3. Avenir de la propriété garantie	478
 Chapitre 2. La propriété retenue à titre de garantie	 481
Section 1. La réserve de propriété	481
Section 2. Le crédit-bail	487
 Chapitre 3. La propriété transférée à titre de garantie	 489
Section 1. La cession de somme d'argent à titre de garantie	489
Section 2. La cession de créance à titre de garantie	492
§ 1. Le précédent de la cession "Dailly" à titre de garantie	493

§ 2. La cession de créance à titre de garantie de droit commun	494
Section 3. Les consécutions de l'aliénation fiduciaire par le droit des marchés financiers	496
Section 4. La fiducie-sûreté	501
§ 1. Consécution de la fiducie-sûreté	501
§ 2. Le régime de la fiducie-sûreté	507
Index	519

Liste des abréviations

<i>AJDI</i>	<i>Actualité juridique de droit immobilier</i>
<i>Banque et droit</i>	<i>Revue Banque et droit</i>
<i>BJB</i>	<i>Bulletin Joly Bourse</i>
<i>BJS</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
<i>C. assur.</i>	<i>Code des assurances</i>
<i>C. com.</i>	<i>Code de commerce</i>
<i>C. consom.</i>	<i>Code la consommation</i>
<i>C. mon. fin.</i>	<i>Code monétaire et financier</i>
<i>CGI</i>	<i>Code général des impôts</i>
<i>Contrats, conc. consom.</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
<i>CSS</i>	<i>Code de la sécurité sociale</i>
<i>D. Aff.</i>	<i>Dalloz Affaires</i>
<i>Doc. fr.</i>	<i>Documentation française</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. Famille</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>JCPE</i>	<i>La semaine juridique-Édition Entreprises et Affaires</i>
<i>JCPG</i>	<i>La semaine juridique-Édition Générale</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
<i>RD bancaire et fin.</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>Rev. éco. fin.</i>	<i>Revue d'économie financière</i>
<i>Rev. Huissiers</i>	<i>Revue des huissiers de justice</i>
<i>Rev. jur. env.</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>Rev. Sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJC</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RJPF</i>	<i>Revue de jurisprudence personnes et famille</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique et de droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>

Bibliographie

1. Traités, manuels, ouvrages spéciaux¹

Ch. ALBIGES et M.-P. LEGRAND, *Droit des sûretés*, coll. Hypercours, Dalloz, 2018.

P. ANCEL et O. GOUT : *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2022.

A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2010.

Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés : Table de concordance commentée*, LGDJ, 2022.

M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 2019.

M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd., 2015.

J. FRANÇOIS, *Droit civil*, sous la direction de Ch. LARROUMET, tome VII, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004.

D. LEGEAIS, *Travaux dirigés droit des sûretés*, LexisNexis, 6^e éd., 2015.

P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, par L. AYNÈS, A. AYNÈS et P. CROCCQ, Defrénois, 14^e éd., 2020.

J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, t. 1, *Droit commun des sûretés réelles* ; t. 2, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.

M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Montchrestien, 3^e éd., 2018.

Y. PICOD, *Les sûretés*, PUF, 2016.

G. PIETTE, *Droit des sûretés*, Mémentos LMD, Gualino, 6^e éd., 2022.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, t. 11, *Cautionnement*, 2^e éd., par SAVATIER, t. 12 et 13 (*Sûretés réelles*), 2^e éd., par BECQUE.

J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, Dalloz, 2022.

Ph. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015.

Ph. SIMLER, *Commentaire de la réforme article par article*, LexisNexis, 2021.

Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2018.

F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil. Sûretés personnelles*, PUF, 2013.

1. Ouvrages cités par le seul nom de leurs auteurs.

2. Encyclopédies

Dictionnaire permanent de Droit des affaires.

Juris-Classeur civil, Juris-Classeur commercial et Juris-Classeur Droit des entreprises.

Lamy, Droit des sûretés ; Droit du financement.

Répertoire de droit civil Dalloz, Répertoire de droit commercial Dalloz.

3. Revues

Revue de droit bancaire et financier ; Revue Banque ; Banque et Droit ; Contrats, concurrence, consommation ; Revue des procédures collectives ; Droit et Patrimoine.

Dans les revues générales, *Chroniques spécialisées* de J.-J. ANSAULT (*Dalloz*), Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE (*JCPG et E*) ; D. LEGEAIS (*RD bancaire et fin.*) ; Ch. GIJSBERS (*D. et RTD civ.*) ; N. RONTSCHEVSKY F. JACOB et E. NETTER (*Banque et Droit*) ; D. HOUTCIEFF (*LPA*) ; M. GRIMALDI, D. HOUTCIEFF et A. AYNÈS (*RDC*) ; M.-P. DUMONT et Ch. ALBIGES (*Gaz. Pal.*), S. CABRILLAC et Ch. GIJSBERS (*Defrénois*), M. BOURASSIN (*Gaz. Pal.*).

Introduction

1. Le droit des sûretés : un jeu de stratégie. – Le droit des sûretés permet de préciser les règles d'un jeu dans lequel les joueurs, c'est-à-dire les créanciers, ont des cartes, les sûretés, leur permettant d'accroître leurs chances d'être payés en cas de défaillance de leur débiteur. Le patrimoine de ce dernier est en effet souvent insuffisant pour permettre une satisfaction totale des créanciers. Toutes les cartes n'ont pas la même valeur, ce qui explique que tous les créanciers n'ont pas les mêmes chances d'être payés. Certains, ceux titulaires des meilleures sûretés, le seront en totalité. D'autres ne recevront rien. Le bon joueur est celui qui connaît bien la valeur de sa carte et celle de ses adversaires, principalement lorsque survient une procédure collective.

Pour conforter leurs chances d'être payés en cas de défaillance de leur débiteur, les créanciers peuvent se faire consentir des garanties ou des sûretés. Les garanties sont des institutions qui ont pour objet de protéger les créanciers contre les risques du crédit, principalement celui de l'insolvabilité de leurs débiteurs. Les principales garanties sont les sûretés mais d'autres procédés tendent aux mêmes fins et peuvent donc aussi être utilisés par les créanciers. La catégorie des sûretés est fermée. Celle des garanties ne l'est pas. Il existe deux catégories de garanties. Les garanties *personnelles* consistent dans l'adjonction d'un ou plusieurs débiteurs au débiteur principal pour la même dette. Les créanciers disposent ainsi d'un droit de poursuite contre une ou plusieurs personnes autres que le principal obligé. Le cautionnement est la sûreté personnelle par excellence. Les *garanties réelles* consistent dans l'affectation spéciale d'un ou plusieurs biens au paiement de la dette. Le gage, le nantissement, l'hypothèque, le privilège, la propriété-garantie sont les principales d'entre elles.

Le droit des garanties forme avec le droit bancaire et le droit des procédures collectives le *droit du crédit*. Il est artificiel d'isoler chacune des disciplines composant le droit du crédit tant les liens les unissant sont nombreux. Les garanties sont consenties lors de la fourniture de crédits. Elles sont très souvent mises en œuvre lorsque le débiteur est soumis à une procédure de traitement de ses difficultés. Seules des exigences pédagogiques et des contraintes éditoriales justifient donc un morcellement de l'étude du droit du crédit.

Les garanties sont nécessaires à tout créancier qui entend se protéger contre les risques du crédit (§ 1). Elles reposent sur un petit nombre de mécanismes ancestraux qui n'ont cessé d'être adaptés ou perfectionnés. C'est ce que révèle leur histoire (§ 2). Les garanties ne cessent de se multiplier. Un tel foisonnement impose des classifications (§ 3). Il justifierait l'énoncé de principes directeurs. En l'absence de dispositions communes à l'ensemble des garanties dans le Code civil, il revient à la doctrine de les rechercher (§ 4).

§1. Raisons d'être des garanties

2. Les risques du crédit. – Un prêteur ne peut se contenter de faire confiance. Il a besoin de garanties car il s'expose à des risques importants¹. Le premier est celui de l'*insolvabilité de son débiteur*. Le second risque est celui lié à l'*immobilisation de la créance* en cas de retard pris par le débiteur pour exécuter son obligation. Avec la crise économique ces risques sont devenus considérables. Or, dans le même temps, il est de plus en plus important pour les particuliers et les entreprises d'avoir accès au crédit. Garanties et crédit forment donc un couple indissociable². Le développement des premières est parallèle à l'essor constant du second.

L'utilité des garanties pourrait être moindre si la situation du créancier chirographaire était satisfaisante. Mais tel n'est pas le cas.

3. Sort du créancier chirographaire. – Le sort du créancier chirographaire n'est guère enviable. Il se déduit de l'application de deux dispositions fondamentales : les articles 2284 et 2285 du Code civil. L'article 2284 énonce que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Le créancier chirographaire a donc un *droit de gage général* sur les biens de son débiteur. Il est en droit de saisir tout bien *faisant partie du patrimoine pour se faire payer*. Mais l'article 2285 énonce que « les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers et [que] le prix s'en distribue entre eux par contribution ». Le créancier chirographaire doit donc subir la *loi du « concours »* entre les différents créanciers.

La situation du créancier chirographaire peut être aggravée si le débiteur est un entrepreneur bénéficiaire de l'insaisissabilité de plein droit de sa résidence principale prévue par l'article L. 526-1 du Code de commerce³, s'il a déclaré certains de ses biens insaisissables ou s'il a constitué un patrimoine d'affectation grâce à la fiducie ou au statut de l'EIRL.

La protection du créancier chirographaire par le droit commun des obligations est insuffisante. L'*action oblique* consacrée par l'article 1341-1 du Code civil permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. L'*action paulienne* de l'article 1341-2 du Code civil permet au créancier d'attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits. Si la fraude est établie, l'acte est déclaré inopposable au créancier qui a exercé l'action. Le créancier peut enfin exercer l'*action en simulation* prévue par l'article 1201 du Code civil. L'action permet de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les biens que ce dernier a fictivement fait sortir de son patrimoine.

1. M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, préf. M.-N. JOBART-BACHELLIER.

2. Ce lien explique le titre d'une chronique restée célèbre, L.-M. MARTIN, « Sûretés traquées crédit détraqué », *Banque et droit* 1975, 11335.

3. P. CROQC, *D.* 2015, 1811 ; F. PÉROCHON, « L'art de mal légiférer : l'insaisissabilité de la résidence principale », *B/E* 2015, 65.

En aucun cas, ces mécanismes ne confèrent au créancier une cause de préférence. Ils ne font que renforcer son droit de gage général. En raison de ces principes, tout créancier ne peut donc être payé de l'intégralité de sa créance dès lors que la valeur des biens composant le patrimoine de son débiteur est inférieure au montant total de ses engagements. Le créancier normalement diligent a donc intérêt à se faire consentir une garantie s'il n'en bénéficie pas de plein droit. Cependant l'existence de garanties en elle-même est-elle légitime ?

4. Légitimité du droit des garanties. – En apparence tout au moins le droit des garanties semble heurter un principe fondamental de notre droit : celui de l'égalité entre les créanciers. Par hypothèse, en effet, un créancier tente de se faire payer au détriment des autres. Un droit sans garanties pourrait donc sembler plus satisfaisant⁴. Tous les créanciers seraient alors traités également. Cette idée est séduisante mais n'est guère réaliste. Il faudrait en effet que les créanciers qui tirent aujourd'hui le plus grand bénéfice de la situation actuelle (le Trésor, le fisc, l'Urssaf) acceptent de redevenir chirographaires. Les pays qui ont ainsi réussi à faire disparaître les causes de préférence sont peu nombreux. Plus fondamentalement, il a été démontré que le droit des garanties n'est pas véritablement contraire au principe d'égalité entre les créanciers⁵. Ce principe qui sert de justification à beaucoup de règles signifie seulement que les créanciers placés dans la même situation doivent être traités de manière égalitaire. Il n'interdit nullement de réserver un sort différent à des créanciers ayant une situation juridique différente ; il ne s'oppose pas plus à ce que des créanciers soient de simples chirographaires et que d'autres soient titulaires de sûretés. Le recours à des garanties est donc légitime. Encore faut-il que les mécanismes utilisés à cette fin répondent parfaitement aux exigences du crédit. Or, celles-ci sont nombreuses. Toute garantie doit donc être appréciée au regard de différents critères.

5. Critères d'appréciation d'une garantie. – Une garantie n'est pas satisfaisante par le seul fait qu'elle est *simple et peu coûteuse* à constituer et à mettre en œuvre. Elle ne l'est que si elle préserve les intérêts des créanciers, de leur débiteur et des tiers concernés (qu'il s'agisse d'autres créanciers ou de tiers acquéreurs de biens offerts en garantie). *Le droit des sûretés est ainsi toujours à la recherche d'un équilibre délicat à trouver*, par exemple entre les intérêts d'une caution et ceux du créancier.

La garantie est satisfaisante pour un créancier si elle le protège bien contre le *risque d'insolvabilité* de son débiteur principal. Le créancier doit donc avoir la certitude de l'emporter sur les autres créanciers susceptibles de venir en concurrence avec lui. La garantie doit aussi le protéger contre le *risque d'immobilisation* de la créance. Sa mise en œuvre doit donc être rapide.

Pour un *débiteur*, toute garantie est une contrainte. Celle-ci doit cependant demeurer supportable. Le débiteur ne doit donc pas être privé de l'usage des

4. Ch. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Études Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529.

5. M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges Breton et Derrida*, p. 31.

biens nécessaires à son activité professionnelle ou à son habitation. Il est également souhaitable que la constitution de la garantie n'entraîne pour lui aucun *gaspillage du crédit*. Autrement dit, le propriétaire d'un bien doit pouvoir obtenir un crédit correspondant à la valeur de réalisation de celui-ci. Plusieurs créanciers doivent donc pouvoir se faire consentir des garanties sur un même bien.

Les tiers sont également directement concernés par les garanties. En leur qualité de créancier, ils ont tout intérêt à connaître l'existence des garanties consenties par leur débiteur car c'est un indice de sa solvabilité. Lorsqu'ils sont également bénéficiaires de garanties, ils doivent pouvoir connaître l'existence des créanciers ayant des droits concurrents.

Aucune garantie ne satisfait l'ensemble de ces exigences. Il faut peut-être y voir l'une des raisons de leur multiplication. Notre droit de garanties reste encore trop marqué par son histoire. Il faut réfléchir à une simplification de notre droit susceptible de le rendre plus efficace, donc plus attractif⁶.

§2. Histoire du droit des garanties

6. Un droit cyclique. – Le droit des garanties s'est développé par *strates successives*. Il est en effet toujours plus facile pour le législateur de créer de nouvelles garanties que d'en supprimer. Chaque garantie a sa période de gloire. Son utilisation est fonction de la portée qui lui est reconnue à une époque donnée. Des sûretés sont ainsi tombées en désuétude. D'autres connaissent une nouvelle jeunesse. Le droit des garanties est de ce fait en constant renouvellement. La diversité des garanties ne doit cependant pas faire illusion. Les *techniques fondamentales* permettant à un créancier de se garantir sont *en nombre limité*. Ces sûretés modèles étaient reconnues en 1804 (A). Le panorama des garanties est par la suite resté longtemps figé avant de connaître un profond bouleversement à l'époque contemporaine (B).

A. Les sûretés modèles

7. Importance du droit romain. – Les principales sûretés ont été imaginées ou perfectionnées par les juristes romains. Le constat vaut aussi bien pour les sûretés personnelles que pour les sûretés réelles.

Le *cautionnement*, sûreté personnelle par excellence, est connu du droit romain. La solidarité familiale, très forte à cette époque, permettait de rendre des éléments d'un groupe responsables de la défaillance de l'un d'entre eux. En droit romain, le cautionnement est un service d'ami. Il s'est construit à partir de la *fidejussio*.

6. L. ANDREU, « La simplification du droit des sûretés », in D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN, *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la logistique et de la pratique*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, 2015, p. 187 ; D. LEGEAIS, « De l'efficacité des garanties », *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 427 ; « Le droit français des sûretés, modèle ou anti-modèle », in N. BORG et O. GOUT (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, colloque organisé par le Centre de recherche de Lyon III, LGDJ, 2016.