Cours de droit civil

Tome IV

Droit des sûretés

Renaud ROLLAND

2026

Cours de droit civil

tome IV – Droit des sûretés

Renaud Rolland

2026

Ce cours (avec les travaux dirigés, ainsi que les annales d'examen) est également accessible sur le site célène de l'université d'Orléans :

https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5204

Du même auteur, et sur le même site :

tome I – Régime général de l'obligation (2026) :

https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5213

tome II – Droit du contrat (2026) :

https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5354

tome III – Droit de la responsabilité civile (2026) :

https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5555

Les quatre tomes (sans les travaux dirigés, ni les annales) sont également téléchargeables en pdf et accessibles en connexion anonyme et gratuite dans l'espace *Cours de droit civil* :

https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212

Sommaire

Introduction au droit des sûretés ..... p. 1

1ère partie : Les sûretés personnelles ..... p. 49
Chapitre 1er : Le cautionnement ..... p. 53
Section 1ère : La formation du cautionnement ..... p. 63
Section 2ème : L'exécution du cautionnement ..... p. 137
Conclusion du chapitre 1er ..... p. 207

Chapitre 2ème : Les garanties personnelles ..... p. 211
Section 1ère : Les garanties principales ..... p. 215
Section 2ème : Les garanties indépendantes ..... p. 267
Conclusion de la 1ère partie ..... p. 308

2ème partie : Les sûretés réelles ..... p. 311
Chapitre 1er : Les sûretés dotées de prérogatives classiques ..... p. 321
Section 1ère : Le droit de préférence ..... p. 325
Section 2ème : L'attribution judiciaire ..... p. 387
Conclusion du chapitre 1er ..... p. 475

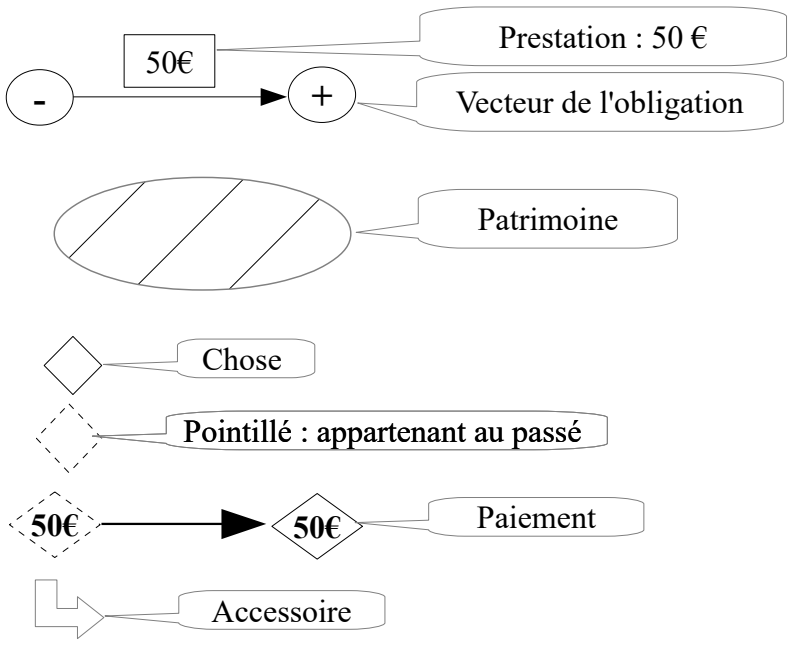
Chapitre 2ème : Les garanties réelles ..... p. 481
Section 1ère : Les actions directes-sûreté ..... p. 485
Section 2ème : La propriété-sûreté ..... p. 527
Conclusion de la 2ème partie : Le classement des sûretés réelles ..... p. 597
Conclusion générale ..... p. 601

Index (mots-clés) ..... p. 615
Table des matières (plan) ..... p. 619

Abréviations courantes

al. : alinéa
art. : article
c-à-d. : c'est-à-dire
c. civ. : code civil
Civ. 1ère, 2e … : première, deuxième ... chambre civile de la cour de cassation
Com. : chambre commerciale de la cour de cassation
Cons. constit. : conseil constitutionnel
€ : euro
p. : page
préc. : précité
suiv. : suivant

Légendes courantes (schéma)



Introduction au droit des sûretés

Résumé

La **sûreté** est une prérogative qui octroie à un créancier un biais légal grâce auquel il pourra obtenir, en cas d'impayé du débiteur, un paiement de substitution plus efficace que celui prévu par la procédure de droit commun. Le créancier réduit ainsi son risque d'impayé : la sûreté solvabilise le débiteur.

La sûreté réduit le risque d'impayé par deux mécanismes différents :

- En présence d'une *sûreté personnelle*, un garant personnel s'engage à payer le créancier à la place du débiteur, si ce dernier s'avère défaillant dans l'exécution de sa dette. Le garant qui a payé disposera d'un recours en remboursement contre celui qui a été enrichi par le paiement (à savoir, le débiteur, normalement).
- En présence d'une *sûreté réelle*, un bien du débiteur sera prioritairement affecté au paiement de substitution du créancier, là encore en cas de défaillance du débiteur. Le créancier obtiendra alors un paiement intégral, ce qui signifie mécaniquement que les autres créanciers devront se contenter des restes. La charge de l'insolvabilité du débiteur est donc transférée sur eux.

  Grâce au paiement de substitution que permet la sûreté, le créancier pourra donc être payé, même si son débiteur est insolvable. En réalité, la sûreté rend le débiteur solvable envers le créancier, parce que la charge de son insolvabilité (éventuelle) sera supportée par un autre (le garant personnel) ou par les autres créanciers (en présence d'une sûreté réelle). Cet effet ambivalent produit par la sûreté explique pourquoi le législateur cherche parfois à limiter l'efficacité de certaines sûretés en droit positif.

Le droit des sûretés fixe le régime applicable à chaque sûreté (cautionnement, hypothèque …) : la dette garantie, les prérogatives du créancier, la défaillance du débiteur … seront précisées et encadrées par des dispositions d'ordre public. Fréquemment, le législateur limite l'efficacité des sûretés,

- afin d'inciter le débiteur à s'endetter et à prendre des risques (qui seront supportés par les créanciers). Lorsque le *droit de la faillite* l'emporte sur le droit des sûretés, les créanciers, même munis de sûretés, seront entravés dans l'exercice de leurs prérogatives.
- afin de protéger d'autres intérêts (les cautions personnes physiques ; le logement de la famille ...). Par exemple, un bailleur ne peut obtenir un dépôt de garantie de plus d'un mois de loyer, lorsque le logement loué sert de résidence principale à une personne physique.

Confrontés à des sûretés devenues peu efficaces, certains créanciers recherchent alors et obtiennent parfois du législateur de nouvelles sûretés plus efficaces, dénommées « garanties ». Ce phénomène d'inflation affecte aussi bien les sûretés personnelles (1ère partie) que les sûretés réelles (2ème partie).

1. La **sûreté** est une prérogative spécifique attachée à une créance qui permet d'obtenir, en cas d'impayé du débiteur, un paiement de substitution plus efficace que celui prévu par la procédure de droit commun. La sûreté réduit le risque d'impayé auquel le créancier est exposé ; même si le débiteur devient insolvable lorsque sa dette vient à échéance, le créancier sera (très probablement) payé. La sûreté solvabilise donc le débiteur.

Le régime général des obligations fixe le risque normal d'impayé, auquel le créancier commun (chirographaire) est exposé. Tout créancier impayé dispose ainsi du *droit commun du paiement forcé* pour obtenir la prestation à laquelle il a droit. À défaut de paiement volontaire (modalité principale d'exécution), le créancier confronté à un débiteur défaillant obtiendra un paiement forcé (modalité subsidiaire), en faisant vendre l'ensemble des biens de son débiteur et saisir ses revenus (droit de gage général : art. 2284 c. civ.)[1]. Si le débiteur est insolvable, les créanciers seront soumis à une procédure impérative (qu'ils doivent suivre en entier) et la pénurie sera répartie entre eux de manière égalitaire, c-à-d. proportionnelle (art. 2285 c. civ.) (schéma 1.1).

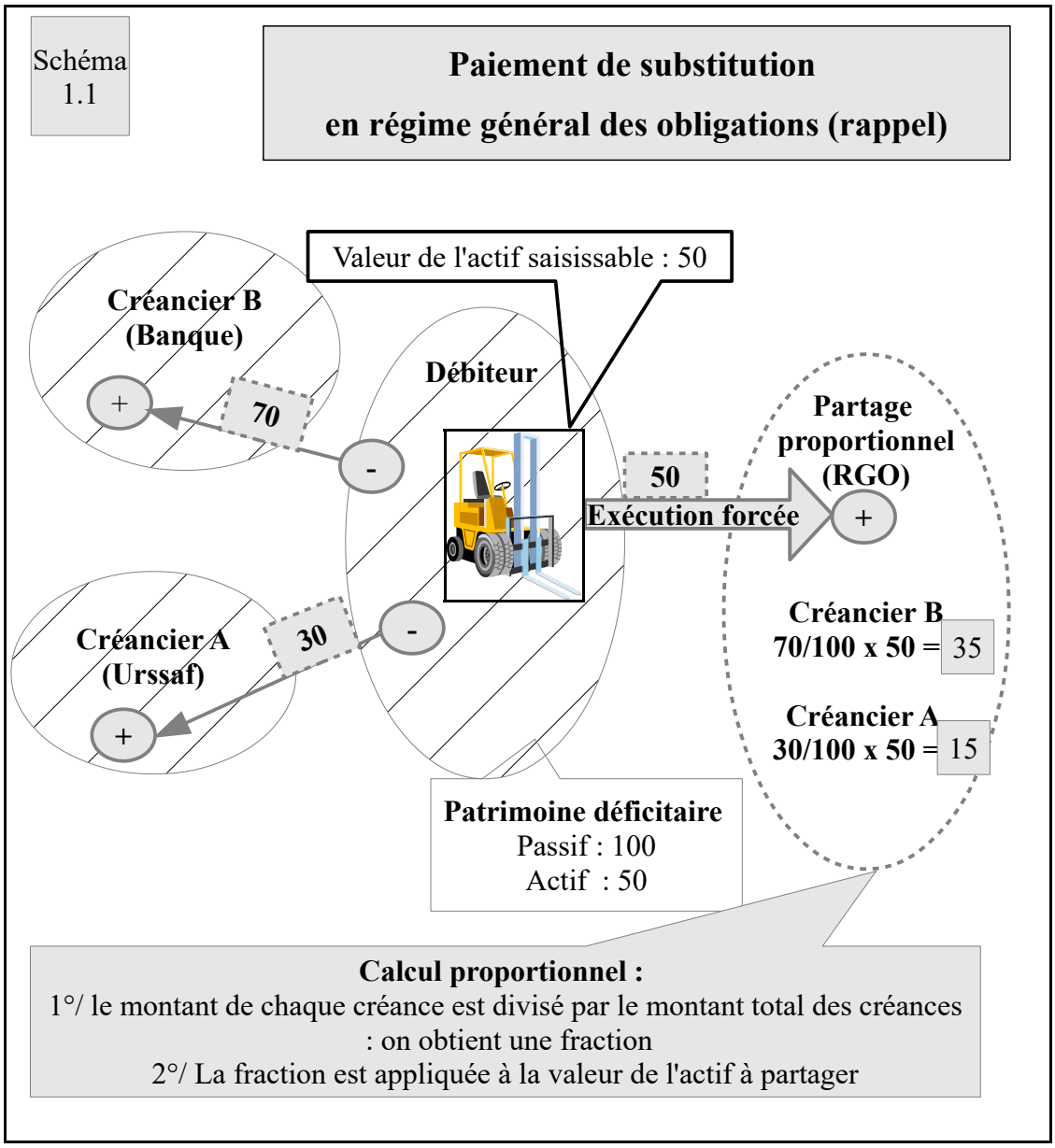
La sûreté octroie au créancier un *droit au paiement* grâce auquel il sera payé avant les autres. En cas de défaut de paiement, il dispose d'un biais légal qui court-circuite la procédure de droit commun. Le créancier obtiendra un paiement de substitution assuré soit par un tiers (qui remplacera le débiteur : sûreté personnelle), soit par un prélèvement prioritaire sur un bien du débiteur (sûreté réelle) (schéma 1.2). Dans ces deux cas, le créancier sera payé de manière à la fois précoce et intégrale :

- le paiement de substitution sera précoce, car le créancier n'aura pas à suivre en entier la procédure de droit commun imposée aux créanciers chirographaires. Ce paiement, comme tous les paiements, éteint la dette du débiteur envers le créancier ;
- la prestation de substitution sera intégralement affectée au créancier. Le garant personnel remplacera le débiteur défaillant et paiera le montant promis au créancier ; le bien figurant dans l'assiette de la sûreté réelle servira prioritairement à éponger la dette.

La sûreté est donc un mécanisme établi dans l'intérêt exclusif du créancier : si la prestation que lui doit le débiteur n'est pas fournie, il accédera à une ressource de substitution et échappera à la pénurie à laquelle les créanciers chirographaires sont

[1] *Régime général de l'obligation*, n°805 et suiv.

exposés. La sûreté produit ainsi deux effets mécaniques : elle rend le débiteur solvable envers le créancier (effet direct), en réalité parce que la charge de la pénurie[1] est transférée sur un tiers (effet indirect).



1-1. Le lien entre solvabilité d'un débiteur et son crédit est établi en déterminant la consistance des biens et revenus saisissables par un créancier (au sens économique du terme[2]).

[1] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°2, p.3 : la sûreté est définie comme « la garantie conférée au créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. ». Les auteurs précisent que la sûreté a pour but de réduire ce risque par rapport au droit commun.

[2] Le créancier, au sens économique du terme, est celui qui attend, dans le futur, le paiement de son débiteur : le vendeur qui exécute immédiatement sa prestation et qui sera payé dans le futur, l'organisme qui accepte un paiement différé des cotisations sociales sont des créanciers économiques. S'ils refusent leur statut de créancier économique, ils exigeront un paiement immédiat. Le débiteur n'a aucun crédit.

Un débiteur est insolvable, quand la liquidation de ses biens ne permet pas d'éponger l'ensemble de son passif : il devra donc payer comptant, puisqu'aucun créancier n'acceptera de lui faire crédit. Pour **solvabiliser l'activité spécifique** d'un débiteur économiquement fragile (emprunter ; se loger ...), il faudra qu'un opérateur spécifique (prêteur, bailleur ; ..) puisse accepter de devenir créancier économique[1], parce que la dette pourra être effectivement épongée sur une masse de biens (du débiteur ou de son garant personnel). La solvabilisation du débiteur est assurée soit par le régime général des obligations, soit par le droit des sûretés.

En régime général des obligations, la solvabilisation d'un débiteur est assurée par la modulation de l'assiette des biens et revenus figurant dans le droit de gage général du créancier.

- Le crédit d'un époux sera accru quand son conjoint donne son accord à un emprunt ou à un cautionnement : le créancier dispose d'un droit de gage général accru. En l'absence d'accord, la solvabilité de l'époux est réduite.
- Le crédit d'un entrepreneur individuel qui cherche à emprunter pour financer l'acquisition de sa résidence principale est préservé quand le droit de gage du prêteur n'est pas concurrencé par les créanciers professionnels (l'entrepreneur individuel présentant alors les mêmes risques qu'un salarié).
- Pour restaurer son crédit professionnel lors d'une opération ponctuelle, l'entrepreneur individuel renoncera à l'insaisissabilité de la masse de ses biens personnels (le créancier professionnel n'étant alors pas concurrencé par les autres créanciers professionnels sur les biens personnels de son débiteur).

  En régime général des obligations, l'estimation de la valeur des biens et revenus figurant dans la masse saisissable par le créancier conduit à fixer le montant du crédit dont dispose le débiteur. Le banquier ne prêtera pas au-delà de ce montant ; il prêtera même en deçà de ce montant, puisqu'en cas d'insolvabilité, il n'obtiendra qu'un paiement proportionnel.

La sûreté apparaît comme le mécanisme le plus efficace pour solvabiliser l'activité (spécifique) d'un débiteur, puisque la ressource sera exclusivement affectée au créancier. Le crédit du débiteur est alors directement corrélé à la valeur de la sûreté (sauf à prendre en compte une décôte de la sûreté, dans l'hypothèse d'une sûreté elle-même faiblement efficace : infra). La sûreté solvabilise certaines activités (le plus souvent contractuelles) qui, sans elle, ne seraient pas exercées. L'utilité marginale de la sûreté conduira ainsi à garantir le financement de deux types d'activité, l'activité générant un faible taux de profit et l'activité générant un risque élevé.

- L'emprunteur bénéficiera d'un intérêt à 2% (au lieu de 4% en présence d'un risque commun), ce qui abaisse le seuil de rentabilité de son activité (à faible marge de profit). Si une activité doit générer un revenu escompté de 5%, l'opération ne sera rentable que grâce à la sûreté ; en l'absence de sûreté, l'opération ne sera pas suffisamment rentable et l'activité ne sera pas exercée.

[1] Le créancier économique se définit comme un créancier qui accepte de recevoir dans le futur le paiement de la contrepartie qu'il verse immédiatement. Ainsi, la banque qui verse immédiatement les fonds que l'emprunteur et qui escompte le remboursement dans le futur.

– L'emprunteur solvabilisé par la sûreté pourra exercer une activité risquée, mais pouvant générer une forte rentabilité. Si le risque lié à l'investissement se réalise, la sûreté absorbera la perte. En l'absence de sûreté, l'emprunt sera refusé : le potentiel acquéreur restera locataire ; le potentiel investisseur (capital-risque ; avec effet de levier) renoncera à l'opération (alors même qu'elle aurait été rentable).

L'utilité marginale de la sûreté conduit donc à rentabiliser des activités, grâce à la réduction de l'intérêt versé ou grâce à la suppression du risque d'impayé. La sûreté est ainsi un dopant de l'activité économique (quelle qu'elle soit) : cet effet marginal est économiquement certain.

2. Le **risque d'impayé** est le point focal que chaque créancier économique[1] (détenteur ou non de sûreté) considère, puisque ce risque existe tant que l'obligation[2] n'est pas éteinte par le paiement. Un créancier jugera pertinent d'obtenir une sûreté s'il estime que le risque d'impayé dépasse un certain seuil ; si l'exécution forcée de droit commun présente une garantie suffisante et si la situation du débiteur apparaît comme saine, la détention d'une sûreté sera une précaution inutile. La question centrale consiste simplement à évaluer ce risque d'impayé.

Le premier paramètre à prendre en compte consiste à estimer les *conséquences de l'impayé* pour le créancier. Un créancier conscient de ses intérêts ne se borne pas à constater que l'impayé est, en général, sur la masse abstraite des débiteurs, statistiquement réduit ou que le montant de l'impayé serait faible.

– L'impayé se traduit par une perte sèche : si le créancier estime avoir besoin du paiement, la sûreté lui permettra de percevoir la ressource, que son montant soit faible (un mois de salaire pour un salarié, un mois de loyer pour un bailleur) ou plus important (versement du prix d'achat d'une maison, solde de l'emprunt) ;

– Le retard de paiement peut avoir des conséquences dommageables pour le créancier, lorsque la prestation du débiteur doit être immédiatement réemployée et lorsque le créancier (partie à une opération d'ensemble) refuse d'être lui-même l'auteur d'un défaut de paiement. Dans certaines opérations financières conclues à terme, le paiement à échéance est exigé et la sûreté est de nature à le garantir.

[1] Le créancier économique est celui qui attend l'exécution future de sa prestation par le débiteur.

[2] L'obligation est entendue au sens du régime général de l'obligation : c'est une prestation (service à rendre, bien à livrer) dotée d'un vecteur (qui impose le transfert de valeur d'un patrimoine, débiteur, à un autre, créancier). Voir : *Régime général de l'obligation*, n°1.

Le second paramètre consiste à évaluer les chances effectives de paiement que procure le *droit commun de l'exécution forcée*. Si, face à un débiteur chicaneur (qui refuse de payer) ou devenu insolvable (lorsque son passif est supérieur à son actif), le droit commun offre une garantie efficace et suffisante, la détention d'une sûreté sera une précaution superflue. La détention d'une sûreté sera, en revanche, une précaution utile si le risque d'impayé que présente tel débiteur dépasse le seuil de l'acceptable, tel que l'envisage un créancier au regard de sa situation concrète (besoin d'un paiement intégral et/ou à échéance).

Le risque d'impayé inhérent à toute créance s'estime ainsi selon deux paramètres : quel risque d'impayé présente tel débiteur (restera-t-il solvable, de bonne foi ?) et quelles seraient les conséquences de l'impayé pour le créancier (la ressource manquante est-elle superflue ou nécessaire ?) ? Si le risque d'impayé dépasse le seuil de l'acceptable (au regard des protections qu'offre le droit commun), le créancier cherchera à détenir une sûreté[1].

2-1. Le **risque commun d'impayé** a été évalué en régime général de l'obligation[2]. En résumé, le créancier est exposé à un risque d'impayé différent selon que la dette est personnelle ou professionnelle, exposée par une personne physique ou une société de capitaux :

La *dette personnelle* (c-à-d. non professionnelle) *exposée par une personne physique* demeure largement soumise au principe de l'engagement personnel (art. 2284 c. civ.[3]). Les biens et revenus sont affectés au paiement de la dette, mais ce n'est plus une dette à vie :

- premièrement, le débiteur surendetté insolvable n'est plus tenu au-delà de sept ans pour une dette commune (art. L 733-1 1° c. conso.[4]) ; il n'engage que la fraction saisissable de ses revenus (art. L 112-2 5° c. proc. civ. d'ex.) ;
- deuxièmement, la personne physique qui s'engage comme garant pour garantir des dettes professionnelles peut également obtenir sa décharge pour toute dette excédant la durée de sept ans. Il en va de même dans les sociétés de personnes : les associés d'une

[1] Selon Manuella Bourassin et Vincent Brémond, *Droit des sûretés*, 2018, 6e éd., Sirey, éd. Dalloz, n°1, p1, le terme sûreté dérive du « latin securitas – se pour *sine* : sans, et *cura* : souci ».

[2] *Régime général de l'obligation*, n°995 et suiv.

[3] Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

[4] Art. L 733-1 c. conso. : « En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes :

1° Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; (...) ;

2° Imputer les paiements, d'abord sur le capital ;

3° Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit (…) ;

4° Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. (...) ».

société en nom collectif sont tenus comme des cautions, et peuvent donc être libérés après sept ans (art. 711-1 al. 3 c. conso.[1]).

La *dette professionnelle* exposée par entrepreneur conduit à altérer le principe de la dette à vie. Le droit des procédures collectives prévoit une extinction du passif professionnel (art. L 620-2 c. com.[2]). Depuis 2022, la masse des biens personnels de l'entrepreneur n'est plus saisissable par le créancier professionnel (sauf renonciation ponctuelle)[3]. Désormais, le risque que présente un entrepreneur individuel pour un créancier professionnel est aussi lourd que celui que présente une société de capitaux. Une société de capitaux devenue insolvable fera l'objet d'une liquidation judiciaire ; la valeur de la créance commune est alors fréquemment nulle[4].

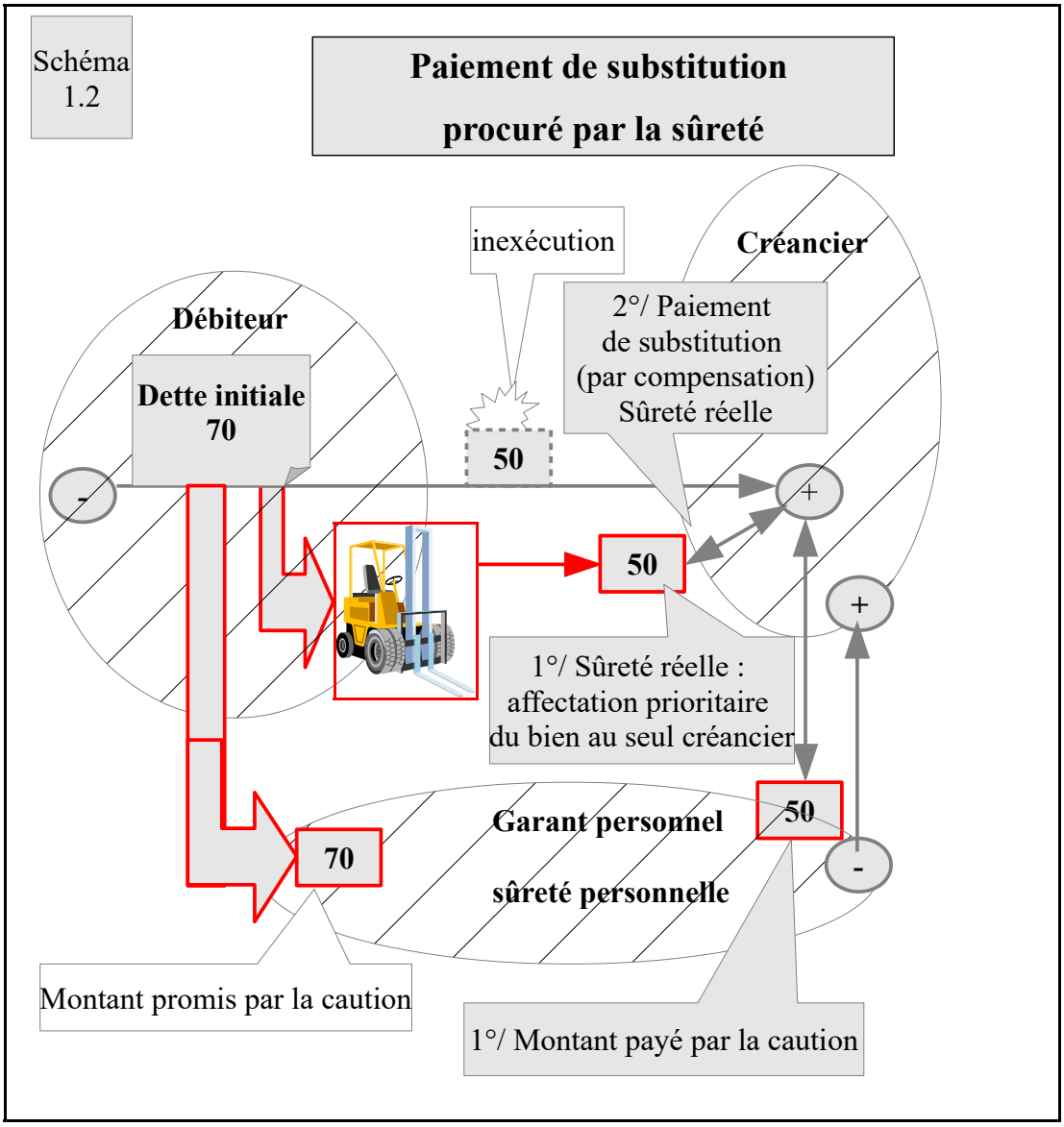
L'évaluation du risque d'impayé pesant sur le créancier chirographaire conduira chaque créancier à se déterminer au regard de la situation patrimoniale de son débiteur (solvable, propriétaire de biens et revenus saisissables …). Si le risque d'impayé ou d'un retard de paiement apparaît comme faible, aucune sûreté ne sera prise. Si le créancier estime avoir besoin de sa ressource et que le débiteur présente un risque excessif, il faudra songer à prendre une sûreté, pour réduire le risque d'impayé.

[1] Art. L 711-1 c. conso. : « Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi.
« La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. (...)
« L'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. »

[2] Art. L 620-2 al. 1er c. com. : « La procédure de sauvegarde est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé. »

[3] *Régime général de l'obligation*, n°865 à 874.

[4] Le législateur l'affirme lui-même à l'art. 641-4 c. com. : le liquidateur du débiteur professionnel en faillite vérifie les créances, mais : « Il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées (à moins que, s'agissant d'une personne morale, il n'y ait lieu de mettre à la charge des dirigeants sociaux de droit ou de fait tout ou partie du passif conformément aux articles L651-2 et L652-1) ».



3. L'**accès à la sûreté** est un bénéfice réservé à certaines catégories de créanciers. Parmi les créanciers qui estiment qu'une sûreté serait une précaution utile voire nécessaire, tous ne disposent pas de la puissance suffisante pour l'imposer (par la voie contractuelle). À défaut de puissance contractuelle suffisante, il faudra bénéficier d'une loi (ou d'une décision du juge). La sûreté n'a que deux sources.

L'accès à la *sûreté contractuelle* est une question de puissance économique : c'est parce qu'il traite avec un pauvre (d'où le risque d'impayé), que le cocontractant économiquement puissant exigera l'obtention de la sûreté, laquelle figurera d'ailleurs parmi les conditions essentielles posées à la conclusion du contrat. Pas de sûreté, pas de contrat. Ce cocontractant en position de puissance a le choix : pour lui, la conclusion du

contrat n’est pas vitale, et il pourra trouver un autre cocontractant (fiable). Le locataire présentera donc une caution (sûreté personnelle : un parent s’engage sur son patrimoine personnel) ; l’emprunteur fournira un gage (sûreté réelle : le prêteur sera payé prioritairement sur le stock de l'entreprise). Cette prétention du cocontractant économiquement puissant se comprend : il estime que le risque d’impayé dépasse le seuil de l'acceptable (supra) ; la liberté contractuelle (avec notamment le refus de contracter) lui permet de sauvegarder ses intérêts bien compris. Sa puissance suffit pour imposer la sûreté contractuelle.

L'accès à la *sûreté légale* est une question d'influence politique. Le législateur imposera la sûreté au profit de certaines catégories de créanciers, afin qu'ils ne soient pas systématiquement soumis au droit commun du paiement forcé.

- Certains créanciers, économiquement faibles mais politiquement influents, pourront donc obtenir une sûreté : le salarié, créancier contractuel économiquement utile (par son travail), mais dépourvu de la puissance contractuelle suffisante, sera alors garanti du paiement de ses salaires (si du moins la sûreté légale est suffisamment efficace).
- D'autres catégories de créanciers, économiquement puissants et politiquement influents, bénéficieront également de la sûreté légale : le trésor public disposera de différentes sûretés afin d'obtenir le versement des ressources fiscales de l'État.

L’accès à la sûreté, contractuelle ou légale, est par conséquent un enjeu, en réalité capital, pour chaque créancier (économique). Face au risque de pénurie, de deux choses l'une :

- Les catégories de créanciers dépourvues de la puissance (contractuelle ou politique) suffisante seront soumises au droit commun du paiement, c-à-d. à un risque majeur de l'existence. S'ils ne peuvent pas exiger un paiement comptant, ni obtenir une exécution forcée (de droit commun : lente et onéreuse), ils subiront la pénurie ;
- À l'inverse, les catégories de créanciers qui bénéficient d'une sûreté pourront accéder à une ressource de substitution, même en cas de pénurie. La sûreté rend le débiteur solvable envers son créancier : l'activité qui génère la dette (le logement du débiteur, ses emprunts … un délai de paiement) sera donc

financée[1]. S'il rembourse sa dette, la sûreté (gratuite pour le créancier) aura été simplement une précaution inutile. S'il ne rembourse pas, le créancier exercera sa prérogative et il sera payé, même si son débiteur est insolvable : il faudra donc que quelqu'un procure la ressource de substitution. On commence à comprendre pourquoi la sûreté n'est pas généralisable : pour que l'un minore son risque, il faut le transférer sur un autre.

4. Le déclenchement de la sûreté se traduit mécaniquement par un **transfert sur autrui** de la charge du paiement de substitution affecté au créancier muni d'une sûreté. Le paiement du créancier sera nécessairement assuré par un autre (sûreté personnelle) ou par les autres créanciers (sûreté réelle).

En présence d'une *sûreté personnelle*, le garant personnel s'engage à payer une certaine somme au créancier si le risque d'impayé se réalise. Si le locataire ne verse pas son loyer, la caution devra se substituer au débiteur défaillant et payer le montant qu'elle garantit : la charge de l'impayé est assumée par le garant personnel (et donc transférée sur lui). Dès lors que le créancier est payé, l'exercice du recours en remboursement de la caution contre le débiteur ne le concerne plus. On notera que le paiement de la dette par le garant ne réduit pas le passif du débiteur (puisque ce dernier devra rembourser le garant).

La *sûreté réelle* transfère également la charge de la pénurie sur les autres créanciers du débiteur insolvable, parce que le régime égalitaire applicable en régime général des obligations est écarté (schéma 1.3).

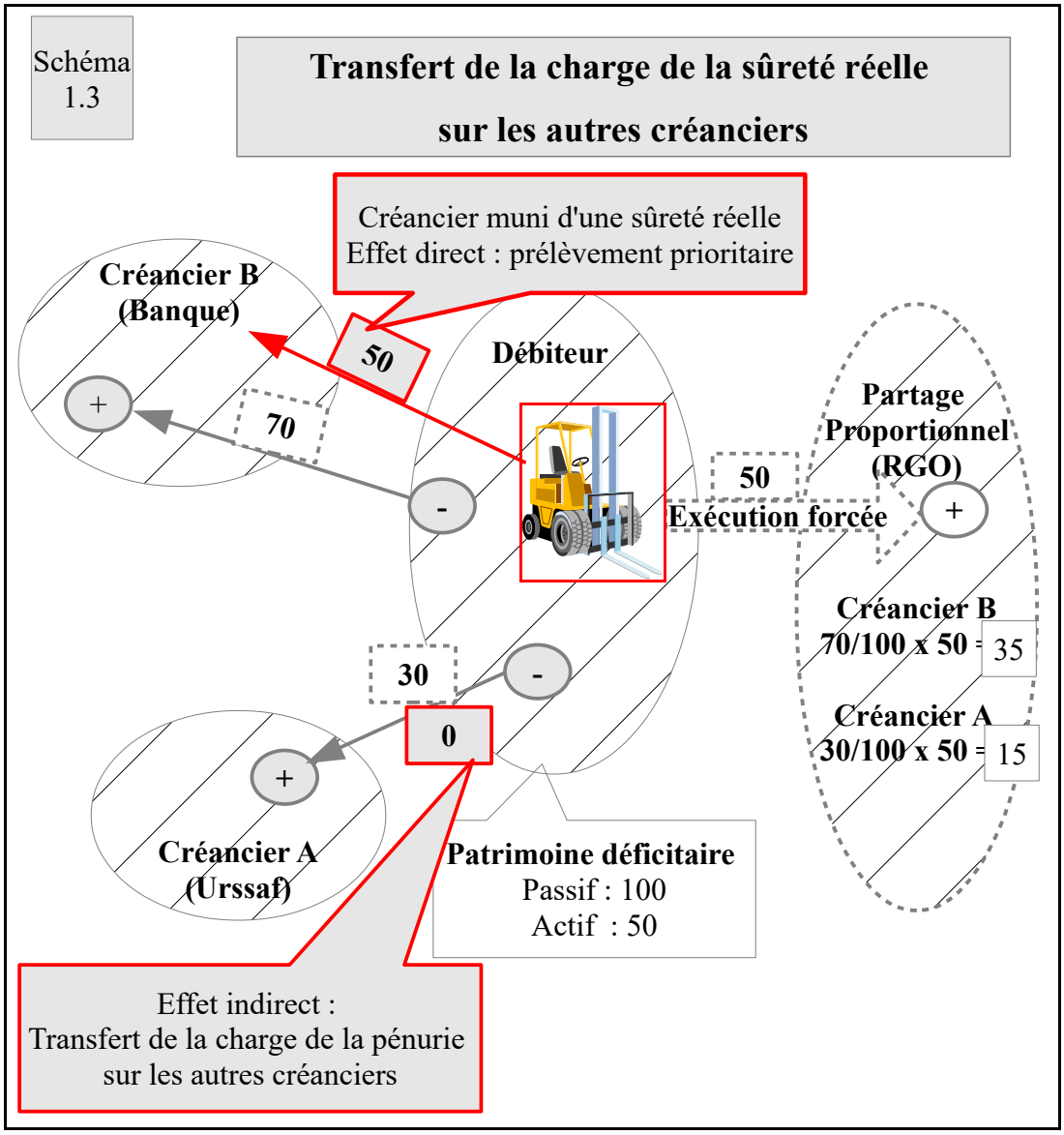
– En régime général des obligations, lorsque l'actif du débiteur (100) est insuffisant pour régler l'ensemble de son passif (150), l'insolvabilité est répartie de manière proportionnelle (art. 2285 c. civ.[2]). Si trois créanciers sont impayés à hauteur de 50 chacun, le paiement proportionnel attribuera 33 à chacun ;

[1] Treilhard, *Présentation au corps législatif du titre V du livre III, Du cautionnement*, (1804)) in Fenet, tome XV, p.37 : « Législateurs, les hommes ne traitent ensemble que dans l'espoir légitime que leurs engagements respectifs seront exécutés ; et toute transaction serait bientôt suspendue si une confiance mutuelle ne rapprochait pas les citoyens pour leur commun intérêt.
« Celui qui ne nous inspire pas cette confiance sera-t-il donc absolument exclu de l'avantage de contracter avec nous ? Non, législateurs, la garantie qu'il ne nous offre pas, nous pouvons la recevoir d'un autre qui, le connaissant mieux peut-être, ou par tout autre motif, consent à s'engager pour lui.
« Déjà vous voyez quelle grande influence peut avoir sur la vie civile l'usage du cautionnement ; et ce titre n'est pas le moins important du Code. »

[2] Art. 2285 c. civ. : « 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. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n°825 et suiv.

– Lorsque l’un d’eux dispose d’une sûreté réelle, son paiement intégral (50) implique que les autres créanciers ne prélèveront que les reliquats (25 chacun). Ils sont donc lésés (à hauteur de 8 chacun). Le prélèvement supplémentaire (par rapport à ce à quoi il aurait eu droit avec sa quote-part égalitaire) auquel a droit le détenteur d'une sûreté réelle est payé par ceux qui doivent se contenter des restes. La charge de la pénurie, mécaniquement transférée sur les autres créanciers (communs) du débiteur insolvable, implique qu'ils subissent, par contrecoup, un risque majoré d’impayé : ils assumeront seuls la charge de la pénurie.

Le déclenchement d'une sûreté conduit ainsi toujours à faire peser sur un autre la charge du paiement de substitution. Cet effet mécanique est ce qui rend le débiteur solvable envers le créancier : au fond, la sûreté consiste à subventionner une activité du débiteur (son logement, ses emprunts, …) avec l'argent des autres, si le débiteur manque à ses engagements. Ce mécanisme de la sûreté (§1er) produit donc un effet ambivalent qui explique pourquoi, en droit positif (§2ème), le législateur cherche à limiter l'efficacité des sûretés.



§1er/ Le mécanisme de la sûreté : *la réduction du risque d'impayé*

5. Le mécanisme de la sûreté consiste à octroyer au créancier une prérogative (spécifique) qui garantit un paiement de substitution plus efficace que celui de droit commun, en cas d'impayé. Deux traits spécifiques caractérisent ainsi la sûreté : elle procure un service spécifique ; son déclenchement est conditionnel.

La *prérogative spécifique* octroyée au créancier a pour fonction de garantir un paiement de substitution, distinct de celui prévu en droit commun.

– Une garantie commune (droit de gage général portant sur les biens et revenus du débiteur défaillant ; action oblique exercée contre un sous-débiteur) n'est pas une sûreté, puisque la prérogative est reconnue à tout créancier chirographaire et relève, à ce titre, du régime général des obligations. Une garantie n'est pas une sûreté.

– La prérogative spécifique procurée par la sûreté permet au créancier d'exercer une action en paiement contre un tiers (sûreté personnelle), en dérogation au principe selon lequel le créancier ne dispose d'action en paiement que contre son débiteur ; ou bien d'éponger sa créance sur un bien précis (sûreté réelle), en dérogation au principe égalitaire établi par le droit de gage général. La sûreté est une garantie spécifique : c'est le service qu'elle rend.

Le *déclenchement de la sûreté* (c-à-d. l'exercice de la prérogative spécifique par le créancier) est soumis à une condition suspensive, à savoir la défaillance du débiteur (inexécution de la prestation à échéance, imputable au débiteur : art. 1231-1 c. civ.[1]).

– Tant que la condition est pendante, la sûreté est latente. Le créancier attend l'exécution principale, à savoir le paiement volontaire de l'obligation par le débiteur. La sûreté reste latente (c-à-d. non déclenchée), même lorsque le créancier a obtenu des mesures préventives, exercées à titre provisoire.

– Si la condition défaille (parce que l'obligation garantie est payée, au sens du régime général des obligations), la sûreté ne sera jamais déclenchée. Si une mesure préventive a été prise (dépôt de garantie), une restitution sera effectuée.

– Si la condition s'accomplit, parce que le risque d'impayé se réalise, la prérogative sera activée : si le loyer n'est pas payé, le bailleur exercera une action en paiement contre la caution ; ou il affectera le montant du dépôt de garantie (détenu jusqu'alors à titre précaire) à l'extinction (par compensation) de l'obligation (de sorte que le bailleur deviendra alors propriétaire plénier du montant du dépôt de garantie).

La sûreté possède donc deux traits caractéristiques : elle procure une prérogative spécifique (un paiement de substitution distinct du droit commun) (I), qui sera déclenchée si la condition de l'impayé s'accomplit (II).

[1] Art. 1231-1 c. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

I/ La prérogative spécifique procurée par la sûreté : *un service alternatif au droit commun*

6. La **prérogative spécifique procurée par la sûreté** est un service attaché à une obligation (créance) qui permet d'obtenir un paiement de substitution selon une modalité alternative au droit commun. Le créancier, détenteur de sûreté, pourra donc exercer une action en justice spécifique, destinée à lui fournir une prestation de substitution.

Ce service attaché à une obligation garantie est un *accessoire*. Il est ici affecté à une obligation, et plus précisément à une créance (puisque la sûreté bénéficie au seul créancier). En régime général des obligations, il arrive fréquemment qu'une action soit affectée à une chose (bien ou créance) : l'action en garantie des vices cachés est un accessoire (charge attachée à la prestation du vendeur), au même titre que la sûreté (profit attaché à la dette pesant sur le débiteur).

Le *paiement de substitution* sera assuré par l'exercice d'une prérogative grâce à laquelle le créancier obtiendra un paiement selon une modalité alternative du droit commun : c'est l'objet ou le contenu du service procuré par la sûreté. Le créancier aura la faculté de réclamer un paiement plus rapide que celui prévu par le droit commun.

La sûreté est donc un service accessoire (1) dont le contenu est de permettre un paiement de substitution (2).

6-1. Parallèlement à la sûreté, qui présente systématiquement un caractère accessoire, l'**assurance** est une autre technique par laquelle un créancier peut être couvert contre la survenance de certains risques. Le créancier souscrit un contrat avec un assureur, lequel identifiera certains risques (sinistres) : la survenance du risque déclenchera la garantie de l'assureur. Deux types de situation peuvent être prévus :

– le paiement de l'assureur sera déclenché en présence d'un simple retard de paiement, d'un impayé avec mise en demeure ou en présence d'une insolvabilité avérée du débiteur. Des conditions spécifiques (un agrément des débiteurs ou une exclusion en présence de débiteurs à haut risques)[1] peuvent être convenues. Cette assurance se contente normalement de la survenance objective du risque : mais, depuis 1972, l'assureur dispose d'un recours subrogatoire contre le véritable débiteur (art. 443-1 c. ass.[2]) ce qui rapproche cette assurance-crédit de la garantie personnelle. Comme le

[1] Pascal Ancel, *Droit des sûretés*, 2014, 7e éd., LexisNexis, n°194 et suiv., p.95 et suiv.

[2] Art. L 443-1 c. ass. : « Les entreprises d'assurance habilitées à pratiquer les opérations de caution ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue à l'article 1346 du code civil. »

garant personnel, l'assureur disposera d'un recours en remboursement (fondé sur la répétition de l'indu). Ce type d'assurance est donc une sûreté (personnelle).

– L'assurance-décès ou l'assurance-invalidité souscrite par un emprunteur au profit du prêteur est une assurance-dommage classique : si le risque survient, l'assuré (emprunteur) est libéré de la dette, car l'assureur se substitue à lui sans recours ; le créancier (prêteur) est, pour sa part, payé. Aucun recours (personnel ou subrogatoire) n'est prévu. Tant que l'assuré s'acquitte des primes d'assurance, il est couvert.

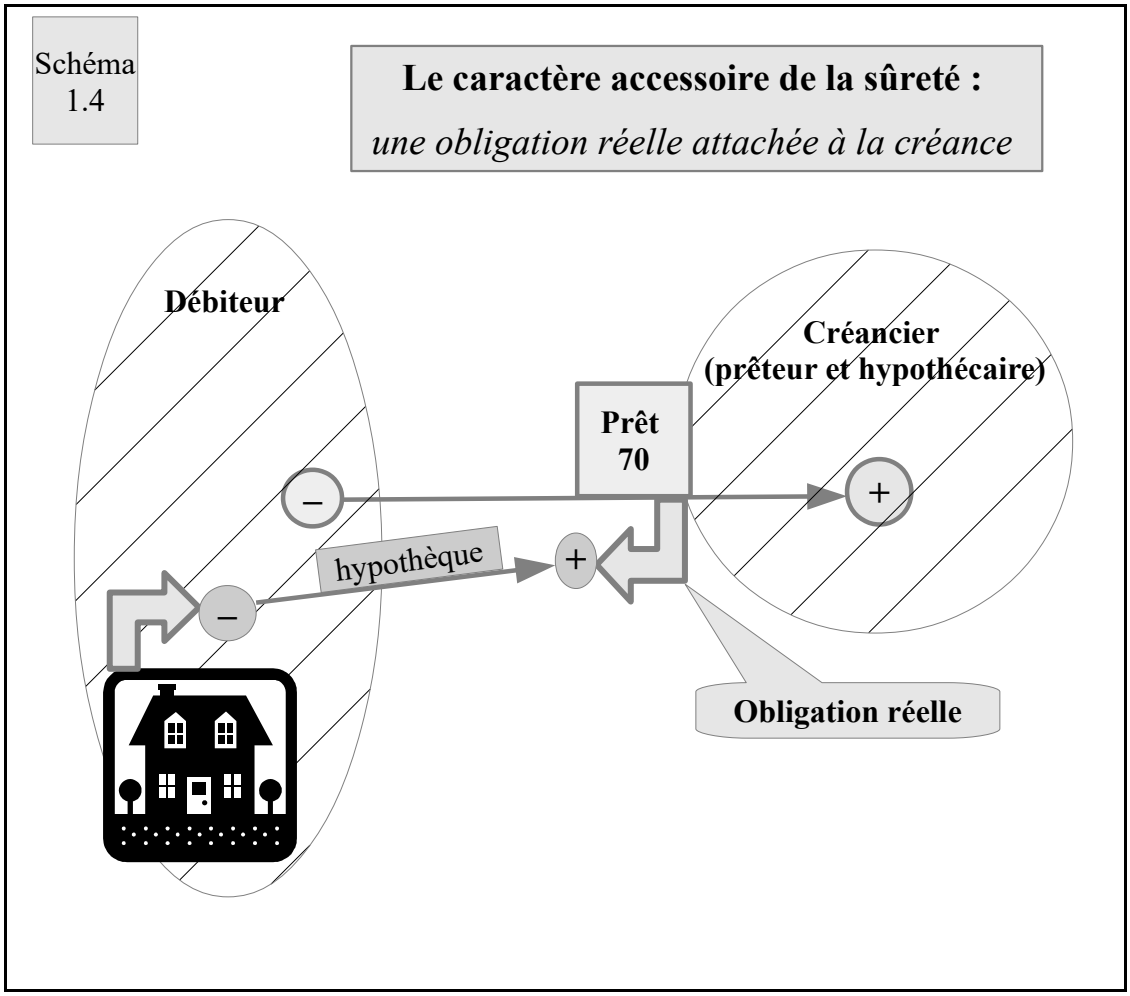
L'assurance est donc une technique qui tantôt réalise la fonction de la sûreté personnelle, tantôt s'en différencie : pour les distinguer, il faut savoir si le paiement réalisé par l'assureur est destiné à profiter au véritable débiteur (sûreté) ou à éteindre sa propre dette.

1/ Le caractère accessoire de la sûreté : *une garantie essentielle attachée à une obligation*

7. Le **caractère accessoire de la sûreté** signifie que la sûreté est un service procuré à un bien principal, en l'occurrence à une créance. Ce service est attaché à l'obligation garantie, selon le mécanisme de l'obligation réelle (schéma 1.4), mais il est essentiel à cette dernière : à la différence d'un accessoire commun (qui peut disparaître sans altérer le principal), la disparition de la sûreté modifiera l'obligation garantie. Le caractère accessoire de la sûreté signifie donc deux choses différentes :

– la sûreté est attachée à l'obligation garantie selon la modalité de l'obligation réelle (a). La sûreté est un accessoire, défini selon le sens courant ;

– la sûreté ne peut être détachée de l'obligation garantie sans altérer cette dernière (b). La sûreté est un accessoire essentiel.



a/ La sûreté : *une obligation réelle de principe*

8. Le caractère accessoire de la sûreté signifie que le service qu'elle procure est **attaché à la créance garantie**. En dérogation à la solution de principe prévue en régime général des obligations, ce service procuré par la sûreté n'est pas soumis au droit commun (obligation personnelle), mais au régime dérogatoire de l'obligation réelle[1]. La sûreté est une obligation réelle de principe : le service qu'elle rend est destiné à profiter au propriétaire actuel de la chose (créance), et non pas à la personne du créancier.

L'*obligation réelle* étant une exception au principe (selon lequel une obligation est personnelle), il faut un texte pour l'établir. C'est l'article 1321 al. 3 c. civ.[2] : « Elle [la

[1] *Régime général de l'obligation*, https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212, n°308 et suiv. et n°335 et suiv. En résumé, l'obligation personnelle sera exécutée par l'héritier (ayant cause universel : réputé partie à l'obligation), mais pas par le tiers-acquéreur (ayant cause à titre particulier : réputé tiers à l'obligation). En présence d'une obligation réelle, l'ayant cause (à titre particulier ou universel) devient partie. En présence d'une obligation strictement personnelle, l'ayant cause (à titre particulier ou universel) reste toujours tiers.

[2] Art. 1321 c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.
« Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.
« Elle s'étend aux accessoires de la créance.

cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. » La sûreté (personnelle comme réelle) est un accessoire : elle bénéficie au cessionnaire (acquéreur de la créance), et non plus au cédant (vendeur de la créance), qui n'est plus exposé au risque d'impayé (schéma 1.5). Sauf exception légale[1], toute sûreté suit la dette, et non la personne du créancier. En conséquence,

– La caution garantit un bailleur, propriétaire actuel du logement, et non pas le bailleur, cocontractant avec lequel la caution a conclu (A.P., 6 déc. 2004[2]). La caution est ainsi tenue envers le bailleur, son héritier (ayant cause à titre universel) ou l'acquéreur du logement loué (ayant cause à titre particulier). Cette solution de principe permet au titre garanti par une sûreté de circuler aisément.

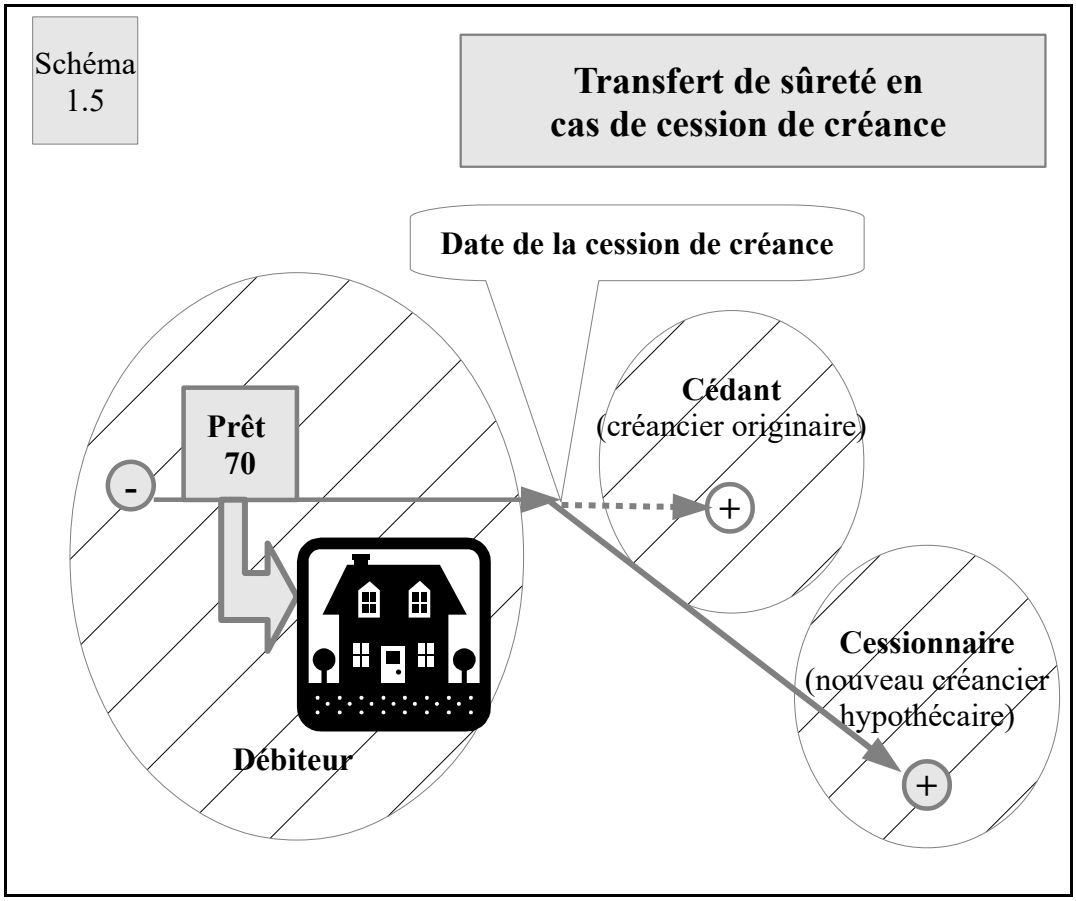
– Il faudra un texte spécial (ou une disposition contractuelle) pour affirmer qu'une sûreté sera personnelle (attachée à la personne du créancier) ou strictement personnelle (comme c'est le cas en présence d'une garantie autonome). Une relation de confiance particulière unit le garant autonome au créancier, car le créancier peut déclencher sa sûreté quand bon lui semble ; le garant autonome, quand il s'engage, fait confiance à son créancier (pour qu'il déclenche à bon escient la sûreté). L'article 2321 al. 4 c. civ. précisera donc[3] : « Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

« Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible. »

[1] En présence d'une garantie autonome, le garant autonome n'est tenu qu'envers le créancier (contrat conclu en considération de la personne), sauf clause contraire. Art. 2321 al. 4 c. civ. : « Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

[2] A.P., 6 déc. 2004, n°03-10.713, Bull. A.P., n°520 ; D. 2005, p.227 à 229, note Laurent Aynès.

[3] Si la garantie autonome suit le régime de l'obligation personnelle (de principe), l'ayant cause universel (héritier ou société absorbante) remplace le créancier originaire ; si la garantie autonome suit le régime de l'obligation strictement personnelle, seul le créancier originaire peut invoquer. Infra n°410.



Le caractère accessoire de la sûreté signifie donc simplement que la sûreté est en principe soumise au régime de l'obligation réelle. Elle est au service de l'obligation principale.

b/ La sûreté : *un accessoire essentiel à l'obligation garantie*

9. La sûreté est un **accessoire essentiel** à l'obligation garantie parce que toute altération de la sûreté entraîne une modification majeure de l'obligation garantie. La solution est prévue en régime général des obligations : selon l'article 1305-4 c. civ.[1], tout débiteur qui ne fournit pas les sûretés promises ou qui diminue la valeur des sûretés existantes encourt la déchéance du terme, parce qu'il altère le droit au paiement du créancier[2].

La *diminution des sûretés* signifie que la valeur de la prestation de substitution connaît une altération. La valeur des biens inclus dans la sûreté réelle diminue par rapport à ce qui a été initialement convenu ; ou bien le garant personnel devient insolvable.

[1] Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »
[2] *Régime général de l'obligation*, https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212, n°245 et suiv.

- Le débiteur surexploite son immeuble hypothéqué ou il néglige d'entretenir les véhicules gagés : la faute commise par le débiteur signifie que le débiteur est l'auteur d'une déloyauté ;
- Si les biens sont détruits par force majeure (ou volés), le débiteur n'est l'auteur d'aucune déloyauté : il devra néanmoins reconstituer la sûreté réelle, et fournir d'autres biens pour restaurer la sûreté (réelle) de la dette.
- Si la caution devient insolvable, le débiteur devra trouver une autre caution (si la caution devient totalement insolvable) ou adjoindre une autre caution (si la caution initiale n'est désormais plus que partiellement solvable).

Le débiteur ne *fournit pas les sûretés promises* (nouveau cas prévu depuis l'ordonnance du 10 février 2016), quand, après la conclusion du contrat principal, la condition (essentielle) posée par le cocontractant n'est pas respectée : la caution qui avait promis de s'engager ne signe pas le contrat de cautionnement ; le débiteur ne se présente pas chez le notaire pour signer le contrat d'hypothèque (contrat solennel, notarié : infra, n°612). Lorsque la sûreté promise n'est pas fournie, notamment après le versement des fonds, le créancier pourra obtenir une sanction radicale.

La *déchéance du terme* est la sanction qui frappe le débiteur (objectivement non fiable) lorsque les sûretés sont diminuées ou lorsque la promesse n'est pas tenue. La présence de la sûreté apparaît donc comme une condition essentielle à l'obligation (principale) garantie : l'absence de la sûreté (comme de toute autre condition essentielle) entraîne la résiliation ou la résolution de l'obligation.

- si le locataire n'est pas ou n'est plus garanti par une caution, le bailleur est en droit de mettre fin au bail. L'absence de sûreté est une cause de résiliation du contrat à exécution successive ;
- si l'emprunteur n'est plus garanti par une sûreté réelle de valeur suffisante (parce que le bien est endommagé ou a disparu), le prêteur réclamera le remboursement immédiat des échéances futures ;
- si le constructeur de bâtiment n'est pas en mesure de fournir la garantie financière promise, le contrat de construction sera résolu.

La disparition de la sûreté altère donc de manière substantielle l'obligation principale : la sûreté est une *condition essentielle dans toute obligation à terme*. Le créancier qui subit la perte de sa sûreté est en droit d'exiger un paiement comptant (supra n°3) ou de détruire l'obligation à exécution successive, en raison de la gravité du risque de pénurie.

La sûreté conditionne l'acceptation, par le créancier, de son statut de créancier économique.

10. Le **caractère accessoire de la sûreté** signifie donc que la sûreté est un service attaché à une obligation principale. La sûreté suit en principe le régime de l'obligation réelle : elle garantit un créancier (propriétaire actuel de la créance). Elle apparaît comme la condition essentielle de l'obligation à terme : un créancier économique compte sur le service essentiel que procure la sûreté.

2/ Le paiement de substitution : *selon une modalité alternative au droit commun*

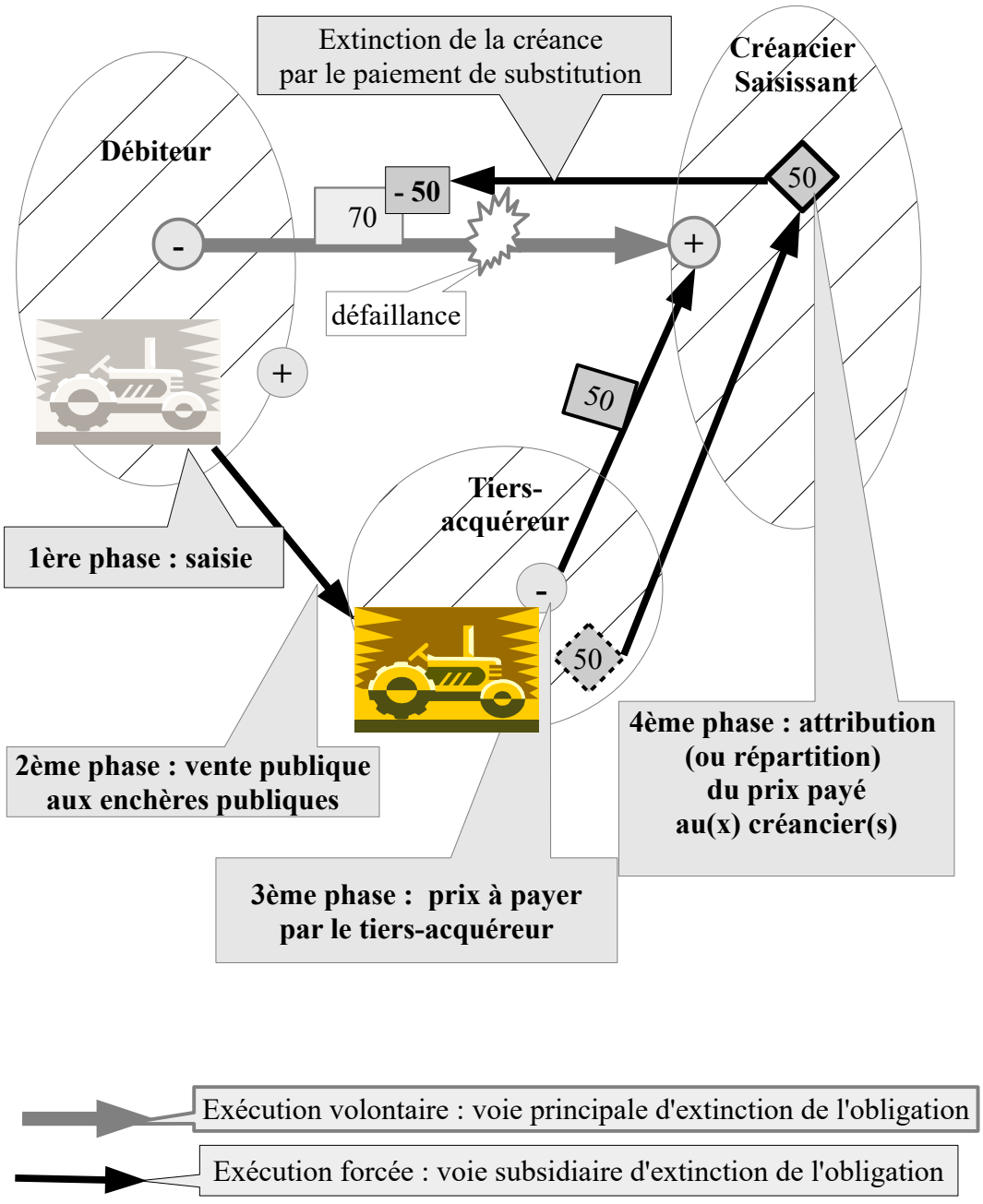
11. Le **paiement de substitution** (service procuré par la sûreté) permet au créancier confronté à un impayé d'exercer une action spécifique afin d'obtenir l'effet d'un paiement (et donc l'extinction de la dette impayée), mais selon une modalité alternative, plus rapide et efficace que celle de droit commun[1] (schéma 1.6). Ce service spécifique que réalise la sûreté comporte une suite et remplit une fonction.

[1] Cl. Aubry de Maromont, *Les obligations subsidiaires*, RTD civ. 2018, p. 305

Schéma 1.6

Exécution forcée de droit commun (rgo) :

procédure de liquidation des biens du débiteur



Le service spécifique que rend la sûreté n'est qu'un *paiement de substitution*. Le créancier espère obtenir l'exécution de l'obligation principale (le remboursement du prêt, le paiement du loyer) en temps et en heure. À ce stade, rien ne distingue le

créancier chirographaire du créancier détenteur de sûreté. Ce qui les distingue, c'est que l'un disposera d'une action spécifique et pas l'autre :

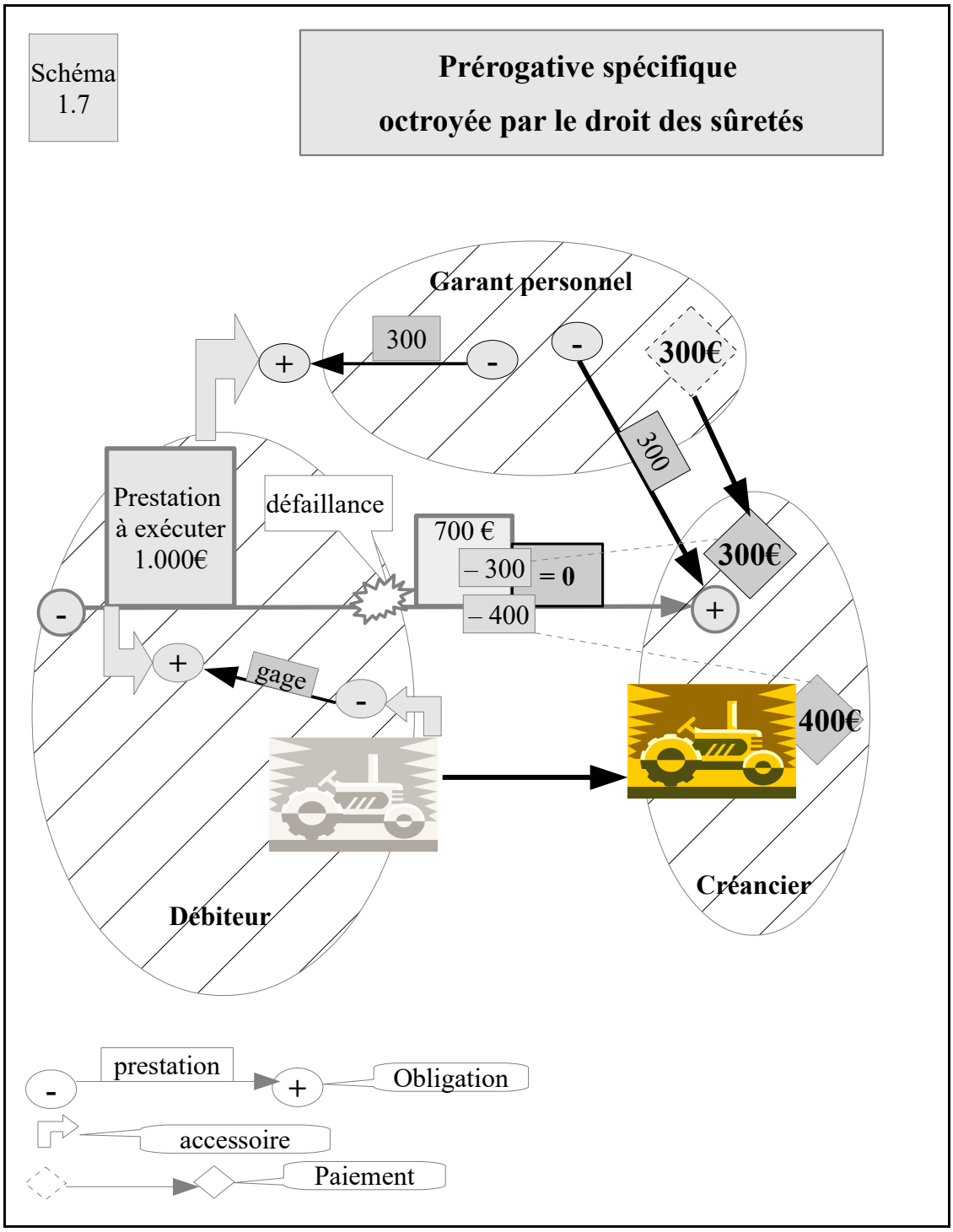
- si le locataire ne paye pas son loyer, le bailleur demandera à la caution de le remplacer. Elle devra payer le montant promis (300€) au créancier (schéma 1.7). L'action en paiement dirigée contre un tiers est spécifique ; un créancier chirographaire ne peut pas agir contre un autre que son débiteur ;
- si le locataire ne paye pas son loyer ou s'il commet des dégradations dans le local loué, le dépôt de garantie[1] sera affecté au paiement (par compensation) de l'obligation inexécutée[2]. Un créancier chirographaire impayé ne peut que faire saisir les biens et revenus du débiteur défaillant et il doit partager avec les autres créanciers impayés ;
- si le débiteur ne rembourse pas son prêt, les biens gagés seront attribués au créancier gagiste. Leur valeur (400€= se compensera avec le montant de la créance impayée (700€) (schéma 1.7). Un créancier chirographaire n'a pas le droit d'obtenir l'attribution judiciaire, c-à-d. de devenir propriétaire des biens de son débiteur défaillant ; il doit le faire saisir et partager avec les autres créanciers impayés.

Techniquement, la sûreté est une obligation facultative qui profite au créancier : si le débiteur ne fournit pas la prestation convenue, le créancier aura la faculté de réclamer une prestation de substitution (celle octroyée par la sûreté).

Le service que procure la sûreté comporte également une suite (au sens de l'article 1194 c. civ.[3]). Selon l'article 1352-9 c. civ.[4], « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation prévue au contrat garantissent également l'*obligation de restitution*. » Si l'emprunt est annulé, et que les fonds ont été versés par le banquier, la sûreté (cautionnement, hypothèque …) sera affectée à l'exécution de l'obligation de restituer : la caution continue de garantir la restitution du capital restant dû par l'emprunteur ; l'hypothèque constituée sur l'immeuble reste valide. À l'obligation couverte (le prêt) est adjointe l'obligation de restitution. Cette solution est conforme au principe de

[1] Art. 2374 c. civ. : « La propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. »
[2] Art. 2374-5 c. civ. : « En cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire peut imputer le montant de la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts, sur la créance garantie. Le cas échéant, il restitue l'excédent au cédant. »
[3] Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » Voir : *Droit du contrat*, n° 480.
[4] Art. 1352-9 c. civ. : « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme. »

l'exécution de bonne foi prévu en droit du contrat (art. 1104 c. civ.[1]), qui écarte l'exécution littéraliste.



[1] Art. 1104 c. civ. : « « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
« Cette disposition est d'ordre public. »

La sûreté *s'éteint par voie accessoire* quand le service que procure la sûreté n'a plus lieu d'être, parce que la créance garantie est elle-même éteinte (paiement à échéance ou par compensation, prescription extinctive de droit commun ...). Il s'ensuit que :

- Si une prérogative conférée par la sûreté a été exécutée à titre préventif (versement du dépôt de garantie ; gage avec dépossession ; cession fiduciaire de créance[1]), le créancier devra restituer dès que l'obligation garantie est éteinte par le paiement (loyer payé : obligation certaine) ou qu'elle ne peut plus exister (absence de dégradation du local à la date de remise des clés : obligation éventuelle) ;
- Si aucune prérogative conférée par la sûreté n'a pas été mise en œuvre (la caution n'a pas été appelée en garantie ; l'hypothèque a été simplement inscrite sur l'immeuble), la sûreté disparaîtra purement et simplement dès que l'obligation garantie est éteinte par le paiement ou dès qu'elle ne peut plus exister (aucune dégradation n'a été commise ; aucun nouveau crédit n'a été octroyé dans le cadre d'une hypothèque rechargeable) ;

  En revanche, si la mise en œuvre de la sûreté prévoit une date-butoir (la caution ne peut être appelée que jusqu'au 1er janvier 2030 ; l'hypothèque est inscrite pour 10 ans), alors que l'obligation garantie peut encore exister, la sûreté sera éteinte par voie principale, c-à-d. de manière autonome. Le créancier devient alors chirographaire : son titre est dépourvu de collatéral.

Le paiement de substitution selon une modalité alternative au droit commun est donc le service spécifique que procure la sûreté (personnelle comme réelle). Ce service est affecté à l'obligation (principale, de base) pesant sur le débiteur ou celle qui lui est substituée (obligation de restitution). Il sera déclenché en cas d'impayé.

(12. et 13. : réservés)

Conclusion I/ La prérogative spécifique procurée par la sûreté

14. La **prérogative spécifique** procurée par la sûreté possède donc deux caractéristiques.

[1] Art. 2374-6 c. civ. : « Lorsque la créance garantie est intégralement payée, le cessionnaire restitue au cédant la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts. »

– Elle est un accessoire essentiel de l'obligation : la sûreté est soumise au régime de l'obligation réelle et son absence entraîne la disparition de l'obligation principale.

– Elle consiste à prévoir un paiement de substitution selon une modalité alternative au droit commun : ce service garantit les restitutions et il s'éteint avec l'obligation garantie.

Cette exécution de substitution n'aura lieu qu'en présence d'un impayé (condition suspensive) : la sûreté sera alors déclenchée.

II/ Le déclenchement de la sûreté : *après voire avant l'impayé*

15. Le **déclenchement de la sûreté** a lieu lorsque le créancier exerce une prérogative conférée par sa sûreté. Cette prérogative (action en paiement dirigée contre un garant personnel ; action en revendication exercée pour récupérer un bien en possession du débiteur …) permet d'obtenir un paiement de substitution, qui n'aura lieu qu'après la défaillance du débiteur. Mais le créancier aura pu obtenir une mesure préventive, déclenchée avant l'impayé (éventuel) : c'est typiquement le cas avec le dépôt de garantie, versé dès la conclusion du bail. Le déclenchement de la sûreté est donc parfois antérieur au déclenchement du paiement de substitution.

Le *déclenchement du paiement de substitution* aura toujours lieu après la défaillance du débiteur. On applique ici le régime de la condition suspensive (relevant du régime général de l'obligation). Tant que la condition suspensive est pendante, aucun paiement de substitution n'aura lieu ; si la condition suspensive défaille, parce que l'obligation garantie est payée ou n'existe pas, le paiement de substitution n'aura jamais lieu ; si la condition suspensive s'accomplit, parce qu'un impayé a lieu, le créancier exercera sa prérogative afin d'obtenir l'extinction de l'obligation du débiteur, selon une modalité de substitution (paiement par la caution, compensation entre la valeur du bien remis en gage et le montant de la dette impayée). Le paiement de substitution éteindra l'obligation (inexécutée).

Le *déclenchement d'une mesure préventive* aura lieu avant l'impayé (éventuel) du débiteur. Cette mesure préventive met le créancier en position de force face au débiteur et face aux tiers : le créancier devient possesseur ou propriétaire précaire d'un bien, d'un titre de propriété ou d'une somme d'argent … qui sera conservé tant que l'obligation du débiteur est pendante. La mesure préventive se traduit par une prérogative exercée à

titre précaire : ce n'est pas un paiement de substitution, mais cette prérogative précaire pourra y conduire en cas d'impayé.

Le déclenchement de la sûreté pourra donc se traduire par deux types de prérogatives différentes :

- celles qui résultent de l'impayé conduiront à éteindre définitivement la dette par le versement de la prestation de substitution. Elles sont déclenchées après la défaillance (1) ;
- celles qui résultent d'une mesure préventive conduiront le créancier à employer un moyen de pression, afin d'inciter le débiteur à payer sa dette. Elles sont déclenchées avant la défaillance (2).

1/ Le déclenchement de la sûreté après la défaillance : *le paiement de substitution*

16. Le **déclenchement de la sûreté après la défaillance** du débiteur consiste, pour le créancier, à exercer une prérogative dans le cadre du paiement de substitution, destiné à éteindre définitivement l'obligation pesant sur le débiteur. Au lieu d'être payé par le locataire, le bailleur le sera par la caution ; au lieu d'être remboursé du prêt, le banquier deviendra propriétaire du bien gagé dont la valeur se compensera avec le reste des échéances impayées (attribution judiciaire). La défaillance du débiteur correspond à l'accomplissement d'une condition suspensive ; elle a pour effet de déclencher l'exercice d'une prérogative spécifique destinée à permettre le paiement de substitution (supra, schéma 1.7).

La *défaillance du débiteur* est une condition suspensive accomplie qui donne lieu à une définition précise. Le moment auquel le débiteur sera défini comme défaillant exercera une influence déterminante sur l'efficacité de la sûreté.

- Comme toute condition suspensive, la défaillance du débiteur peut avoir trois états. Elle est pendante, tant que l'échéance de l'obligation n'est pas arrivée à terme. Elle est défaillie quand l'obligation arrivée à terme est éteinte par le paiement (ou une modalité équivalente : compensation, prescription extinctive … remise de dette) : la sûreté s'éteint par voie accessoire. La condition suspensive est accomplie quand le débiteur n'a pas exécuté sa prestation à échéance au profit du créancier et que cette inexécution doit lui être imputée (au

sens de l'art. 1231-1 c. civ.[1]). En cas d'inexécution pour cause de force majeure (art. 1218 c. civ.[2]), le débiteur n'est pas défaillant : si la force majeure est temporaire (blocage des paiements pendant la durée d'un cyclone), la sûreté ne sera pas déclenchée ; si la force majeure est définitive (le transport est bloqué en raison du covid), la sûreté ne garantira que les restitutions (supra).

– La définition de la défaillance du débiteur sera acquise à un moment procédural plus ou moins précoce. Ce moment sera tardif quand le créancier doit attendre les opérations de saisie (après obtention du titre exécutoire[3]), pour agir contre la caution simple ou pour exercer son droit de préférence sur certains biens du débiteur. Ce moment sera plus précoce lorsque le créancier peut agir après une mise en demeure infructueuse, dans le cautionnement solidaire ou lorsque le gage garantit une dette professionnelle (la vente aux enchères publiques ayant lieu huit jours après la signification faire au débiteur : art. 2346 al. 2 c. civ.[4]). Ce moment sera encore plus précoce, lorsque le créancier peut agir dès l'échéance du terme, sans mise en demeure préalable[5], en présence d'une cession fiduciaire de créance (effectuée sans prix[6]). À ces différents moments (plus ou moins précoces), le débiteur est défini comme défaillant : c'est le moment à partir duquel le créancier déclenche son paiement de substitution, parce qu'il n'attend plus l'exécution, par le débiteur, de sa prestation (principale).

L'exercice par le créancier de sa prérogative lui permet d'obtenir une prestation de substitution qui produit tous les effets du paiement : elle *éteint définitivement* la dette du débiteur envers lui. Au lieu d'être payé par le locataire, le bailleur exercera une action en paiement contre la caution : si la caution paye, le créancier devient propriétaire

[1] Art. 1231-1 c. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

[2] Art. 1218 c. civ. : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.
« Si l'inexécution n'est pas irrémédiable, le contrat peut être suspendu. Si l'inexécution est irrémédiable, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1328 et 1328-1. »

[3] *Régime général de l'obligation*, https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212, n°807 à 812.

[4] Art. 2346 al. 2 c. civ. (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) : « Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage. »

[5] La mise en demeure est inutile, lorsque les contractants ont convenu d'une clause résolutoire expresse par laquelle la simple échéance du terme suffit. La ponctualité de l'exécution est convenue. Voir : Art. 1225 c. civ. : « La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. / « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire. » Voir : *Droit du contrat*, n°916.

[6] *Régime général de l'obligation*, n°313

plénier et exclusif de son dû. Il en ira de même si, au lieu d'être remboursé par l'emprunteur, le prêteur devient propriétaire du bien remis en gage : la valeur du bien se compensera avec le montant des échéances impayées.

Toutes les sûretés seront donc déclenchées quand le débiteur est défaillant à l'échéance prévue ; dès que le créancier obtient la prestation de substitution, le paiement a lieu et éteint définitivement l'obligation garantie. Ce déclenchement et cet effet sont communs à toutes les sûretés ; en outre, certains déclencheurs et certains effets sont spécifiques à certaines sûretés.

2/ Les mesures préventives : *le déclenchement de certaines sûretés avant la défaillance*

17. Les **mesures préventives** sont des prérogatives octroyées par certaines sûretés et déclenchées par le créancier, avant toute défaillance du débiteur (condition suspensive pendante). Le créancier bénéficie alors envers le débiteur d'une position de force, mais à titre précaire.

Ces mesures préventives sont prévues dans certaines sûretés, réelles ou personnelles. Leur déclencheur précoce permet au créancier éventuel de *détenir un bien à titre précaire* :

– Le dépôt de garantie (art. 2374 c. civ.[1]) est une somme d'argent remise au créancier éventuel lors l'entrée dans les lieux du locataire (ou lors de la remise d'un bien loué : un véhicule, un appartement). Si le locataire veut le récupérer, il veillera à payer son loyer et à ne pas dégrader le local. La propriété est précaire.

– Dans le gage avec dépossession, le débiteur remet un bien au créancier. Le créancier devient donc possesseur du bien, et il en conservera la possession tant que la dette ne sera pas intégralement remboursée. La possession du bien est précaire et n'octroie pas au créancier le droit de s'en servir (en règle générale). Ce bien sera un meuble, un immeuble, un titre de propriété (carte grise du véhicule).

– Dans la garantie autonome (variété de sûreté personnelle), la banque réclamera un paiement au garant autonome, sans avoir à établir une défaillance du débiteur. La simple crainte d'un impayé suffit à déclencher cette mesure

[1] Art. 2374 c. civ. : « La propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. »

préventive : le chèque rempli, signé (daté ou non) et remis au bailleur remplit cette fonction.

Ce n'est qu'ultérieurement que l'on saura si la condition suspensive (la défaillance du débiteur) s'est accomplie ou non. La mesure préventive se transformera alors :

- si la défaillance du débiteur s'accomplit, la mesure préventive sera considérée comme un début d'exécution forcée. Le créancier, possesseur précaire des biens gagés, demandera à en devenir propriétaire plénier : cette prestation de substitution sera d'autant plus aisée à obtenir que le créancier est déjà en possession des biens gagés (et qu'il interdira aux autres créanciers d'obtenir un paiement avec les biens figurant dans son assiette). Le montant versé par le garant autonome viendra se compenser avec l'impayé du débiteur (comme avec le dépôt de garantie). La possession précaire devient une propriété plénière avec la défaillance du débiteur.
- si la défaillance du débiteur ne survient pas (condition suspensive défaillie), le possesseur précaire devra restituer le bien à son véritable propriétaire. Le pseudo-créancier (prêteur remboursé ; bailleur payé ...) restitue la chose de genre (somme d'argent) ou le bien conservé. La possession précaire se transforme en obligation de restitution dont l'exécution sera réclamée par l'ancien débiteur (emprunteur, locataire) en tant que créancier (chirographaire).

La mesure préventive est un moyen de pression exercé sur le débiteur, mais également une technique qui permet d'éviter les lenteurs et les lourdeurs de la procédure d'exécution forcée, lorsque le créancier veut obtenir sa prestation de substitution.

- Le moyen de pression exercé sur le débiteur conduit le créancier à s'inscrire dans la logique du donnant-donnant[1], comme en présence d'une exception d'inexécution (propre au contrat synallagmatique[2]). Si le débiteur veut récupérer la possession du bien gagé, il remboursera intégralement sa dette.
- La mesure préventive permettra d'obtenir plus facilement un paiement sans retard. Lorsque le dépôt de garantie est déjà en possession du créancier, ce dernier ne tardera pas à l'affecter au paiement de substitution.
- La mesure préventive évite également au créancier les frais de l'exécution forcée pour obtenir sa prestation de substitution. Il ne sera pas

[1] *Droit du contrat*, n°907.

[2] Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

contraint d'obtenir un titre exécutoire, puis d'effectuer les opérations de saisie sur des biens déjà en possession du débiteur. Ce sera au débiteur, s'il veut récupérer son bien (quand il estime avoir exécuté correctement, alors que le créancier prétend le contraire), d'avoir à exercer une action en justice contre le bailleur, le loueur ou le prêteur.

Conclusion II/ Le déclenchement de la sûreté

18. Le **déclenchement de la sûreté** a lieu selon des modalités différentes qui se comprennent au regard du risque d'impayé. Plus précisément, on remarque le créancier prend en compte non seulement l'impayé proprement dit (inexécution de la prestation par le débiteur), mais également tous les risques liés à l'exécution forcée de droit commun (et notamment le retard et les frais de poursuite).

- Quand l'impayé est acquis, parce que le débiteur est défaillant dans l'exécution de sa prestation, le créancier déclenchera sa prérogative de substitution (ou l'une d'elles) destinée à *éteindre définitivement* la dette. Tous les créanciers munis d'une sûreté exercent cette prérogative et dans cette fonction (de paiement). Ils sont alors spécifiquement protégés contre le risque de pénurie.
- Le paiement de la prestation de substitution (conséquence du déclenchement de la sûreté) expose néanmoins encore le créancier au risque de l'exécution forcée. Si la caution refuse de payer, le créancier devra exercer contre elle une action en exécution forcée. Si l'emprunteur ne rembourse pas, il faudra faire saisir l'immeuble hypothéqué et suivre une procédure longue, coûteuse et complexe.
- Quand le créancier est en mesure d'imposer à son débiteur une mesure préventive, le créancier bénéficie d'une position de force. Il prend possession d'un bien du débiteur, d'un titre de propriété, d'une carte grise ou d'un chèque déjà rempli. Cette possession précaire exercée par le créancier rend plus simple le déclenchement du paiement de substitution : le créancier peut espérer éviter les lenteurs et les coûts de l'exécution forcée.

Le déclenchement de la sûreté montre que le créancier ne recherche pas uniquement à se protéger contre le risque de pénurie ; il recherche aussi un paiement de substitution rapide et efficace, afin d'éviter les lourdeurs de l'exécution forcée de droit commun. Le mécanisme de la sûreté peut donc remplir plusieurs fonctions.

(19- à 23. : réservés)

Conclusion §1er/ Le mécanisme de la sûreté : la réduction du risque d'impayé

24. Le **mécanisme de la sûreté** consiste donc à octroyer au créancier une prérogative spécifique, plus efficace que celle de droit commun, permettant un paiement de substitution quand le débiteur est l'auteur d'un impayé. La charge de la pénurie sera alors prise en charge par un tiers. C'est la fonction principale et générique de la sûreté ; mais la sûreté peut remplir également des fonctions plus secondaires, lorsqu'un créancier cherche à éviter le coût et la durée des mesures d'exécution forcée.

La *fonction générique de la sûreté* est de prémunir le créancier contre le risque de pénurie. Face à la pénurie, quelqu'un devra nécessairement en subir la charge : ce sera soit le débiteur (si le régime général de l'obligation est efficace), soit le créancier (si le régime général de l'obligation est inefficace), soit un tiers (en présence d'une sûreté, aussi bien personnelle que réelle). Le mécanisme de la sûreté a toujours pour fonction de transférer sur un tiers la charge du paiement de substitution procuré au créancier : si un tiers n'a pas vocation à subir pas cette charge, la sûreté n'y est pas.

Certaines sûretés remplissent également des fonctions secondaires, quand elles prémunissent le créancier contre la charge de l'exécution forcée. Les mesures préventives sont plus ou moins efficaces :

- certaines interdisent aux autres créanciers de saisir le bien gagé ou retenu, mais sans permettre au créancier d'utiliser ce bien ou de se l'approprier ;
- d'autres permettent au créancier de réclamer paiement à un garant, avant même que la dette n'arrive à échéance (garantie autonome) ;
- d'autres enfin permettent d'invoquer une compensation dès qu'une dette impayée vient à échéance (dépôt de garantie portant sur une somme d'argent).

La charge de ces mesures préventives pèse indifféremment sur le débiteur (privé de la possession ou de la propriété d'un bien), sur un tiers (paiement du garant autonome) ou sur les autres créanciers (bloqués face au bien retenu).

Le mécanisme de la sûreté est donc utilisé dans une fonction principale et générique, au profit de tous les créanciers (garantis contre le risque de pénurie) et dans une fonction plus secondaire, mais au profit de certains créanciers seulement (garantis contre le

risque de l'exécution forcée). Parmi les créanciers détenteurs de sûretés, certains disposent donc de sûretés plus efficaces que d'autres.

24-1. Lorsqu'un débiteur n'est pas en mesure de fournir sa prestation en raison de son manque de ressources, la **charge de la pénurie** devra peser sur quelqu'un. C'est le produit d'un choix politique, à la fois économique et juridique, effectué par le législateur. Il oscille entre deux bornes, avec une variable :

Soit le législateur cherche à protéger le débiteur (ce qui peut inclure son garant personnel, puisqu'il sera également un débiteur potentiel) par différentes mesures ayant toutes pour effet d'entraîner un impayé : le débiteur protégé par le droit de la faillite paiera avec retard ou ne paiera pas ; le créancier devra suivre une procédure complexe pour déclarer sa créance (en application du droit de la faillite) ; le créancier ne pourra saisir que quelques biens du débiteur (de sorte que son droit de gage général sera peu efficace). Toutes ces mesures favorisent l'endettement du débiteur (parce que le régime général de l'obligation est inefficace) : économiquement, c'est une *politique de la demande*. Le législateur incite le débiteur à s'endetter en réduisant ou en supprimant son risque personnel. Mécaniquement, si le débiteur n'assume pas le risque d'impayé, c'est qu'il est transféré sur un autre : le créancier n'aura pas accès à sa ressource (et subira donc une perte sèche) ;

Soit le législateur cherche à protéger le créancier. Le créancier commun sera protégé quand le régime général de l'obligation établit des mesures d'exécution forcée efficaces (droit de gage général prévoyant un passif à vie ; emprisonnement pour dettes ; absence de mesures d'apurement du passif en droit de la faillite), ce qui ne correspond pas à la tendance contemporaine du droit français. Lorsque des mesures favorisent le paiement du créancier, le législateur mène une *politique de l'offre* : le titre dont dispose le créancier commun est solide, de sorte que l'utilité des sûretés restera marginale.

Soit le législateur décide de protéger massivement certaines catégories de créanciers, afin qu'ils puissent échapper aux conséquences d'un régime général de l'obligation très protecteur des intérêts du débiteur. C'est la variable. Une *politique d'offre ciblée* conduira à permettre le paiement de certains créanciers spécifiques. Certaines activités du débiteur seront alors subventionnées grâce à l'argent des autres (garant personnel ou autres créanciers).

Une politique de dévaluation du titre commun (régime général de l'obligation inefficace) peut donc aller de pair avec un développement du droit des sûretés. Le risque sera alors supporté par les créanciers communs. Si le risque est également supporté par certains créanciers munis de sûretés (devenues inefficaces), cela signifie qu'il existe une inflation des sûretés : seules les sûretés efficaces permettront d'obtenir un paiement effectif.

§2ème/ Les sûretés de droit positif : *l'efficacité relative des sûretés*

25. Les **sûretés de droit positif** figurent dans le livre IV du code civil « Des sûretés » (art. 2284 à 2488-5 c. civ., soit plusieurs centaines d'articles), lorsque le débiteur et le créancier sont des personnes quelconques (soumises, à ce titre, au droit civil). D'autres sûretés apparaissent également ailleurs dans le code civil (dans les dispositions fixées dans certains contrats spéciaux ou en régime général des obligations ….), et beaucoup d'autres lui sont extérieures (dans le code de commerce, pour celles garantissant des obligations entre professionnels ; dans le code monétaire et financier, pour celles garantissant les banques envers leurs clients etc.[1]). Le caractère foisonnant des sûretés en droit positif (question qui interrogera en propre) s'explique par les objectifs complexes que cherche à atteindre le législateur : l'endettement du débiteur donne lieu à une politique générale qui affecte la sûreté (accessoire de la dette) ; le régime de chaque sûreté donne également lieu à une réglementation destinée à encadrer les prérogatives du créancier.

La *politique générale de la dette*, menée par le législateur en régime général des obligations, a pour effet d'inciter ou non le débiteur à s'endetter, en limitant ou non le risque personnel qu'il encourt (droit de gage général). La sûreté ayant pour fonction de permettre au créancier de contourner le risque commun d'impayé, il va de soi que le droit des sûretés est de nature à remettre en cause radicalement les orientations prises dans les droits connexes (régime général des obligations, droit de la faillite). Les interactions entre le droit des sûretés et les droits connexes sont un premier facteur qui explique les limitations à l'efficacité des sûretés.

Le *régime de chaque sûreté* donnera également lieu à des dispositions d'ordre public, motivées par le souci de protéger le débiteur (qui fournit une sûreté réelle) ou le tiers (qui s'engage comme garant personnel).

- Par exemple, un bailleur ne peut pas obtenir un dépôt de garantie d'un montant supérieur à un mois de loyer, lorsque le local loué sert de résidence principale à une personne physique (art. 22 al. 1er de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation[2]).

[1] Art. 2331-1 c. civ. (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) : « Les privilèges du Trésor public et des caisses de Sécurité sociale sont déterminés par les lois qui les concernent. »

[2] Art. 22 al. 1er de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 : « Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, il ne peut être supérieur à un mois de loyer en principal. Au moment de la signature du bail, le dépôt de garantie est versé au bailleur directement par le locataire ou par l'intermédiaire d'un tiers. »

– D'autres sûretés, comme le cautionnement conclu par une personne physique, imposeront au créancier d'avoir une connaissance précise du droit applicable, faute de quoi il disposera d'un titre sans valeur : le législateur protège (indirectement) la caution personne physique, en exposant le créancier professionnel à des risques juridiques spécifiques.

Les dispositions d'ordre public (de protection) qui limitent les prérogatives du créancier et donc l'efficacité des sûretés, pourtant établies dans l'intérêt exclusif du créancier, sont le produit de décisions délibérées du législateur.

Les sûretés de droit positif (réformé par ordonnance[1] en 2021[2]) seront donc des mécanismes qui seront d'une efficacité variable, en réalité parce que le législateur ménage, par des dispositions impératives, des intérêts qui ne sont pas toujours, loin de là, ceux du créancier (même muni de sûreté). Ces dispositions impératives qui limitent l'efficacité des sûretés trouvent leur origine dans les interactions entre le droit des sûretés et les droits connexes (I) et dans les régimes applicables à chaque chaque sûreté (II).

I/ Les interactions entre le droit des sûretés et les droits connexes : *la politique de la dette*

26. Les **interactions entre le droit de sûretés et les droits connexes** donnent lieu à des difficultés spécifiques tenant au régime de la dette (dont le paiement est garanti par la sûreté). Le législateur mène une politique favorisant ou non l'endettement des particuliers, des entreprises et de l'État lui-même. Le rôle central de l'obligation dans l'économie exerce naturellement une influence sur les accessoires de l'obligation, donc la sûreté. La politique de la dette donne lieu à deux applications délicates, en droit de la faillite et en droit bancaire.

Les interactions entre le droit des sûretés et le *droit de la faillite* sont devenues une première source de difficultés, lorsque le législateur a décidé de protéger le débiteur, en espérant qu'il pourra se redresser. Lorsqu'un débiteur (professionnel) sollicite une mesure de protection (droit des procédures collectives), peut-il faire échec au nantissement de créance (c-à-d. à l'affectation de ses revenus au créancier) ? Il s'agira de savoir si le créancier (même muni de sûreté) est avant tout un créancier, soumis es

[1] La loi n°2019-486 du 22 mai 2019, dite loi « PACTE » a habilité le gouvernement à réformer le droit des sûretés par ordonnance.

[2] Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Le décret 2021-1888 du 29 décembre 2021 pris en application de l'ordonnance (préc.) traite essentiellement des implications de la réforme en droit des procédures civiles d'exécution.

qualités au droit de la faillite ou si le droit des sûretés lui permet d'échapper complètement à la logique collective, quand il s'agit à la fois de répartir la pénurie (fonction principale de la sûreté) et d'octroyer des délais de paiement (fonction secondaire de certaines sûretés). Si le législateur limite l'efficacité des sûretés, cela signifie nécessairement que la fonction même des sûretés est remise en cause.

Cette remise en cause du droit des sûretés ne peut toutefois pas être générale, en raison des impératifs propres qui gouvernent le *droit bancaire*. Les opérations sur obligations forment le cœur du système financier, et tout ce qui altère l'efficacité du paiement à terme sur une grande masse d'obligations à terme est considéré comme un risque systémique. Un État surendetté ne peut pas être complètement insensible au risque de placement de ses dettes, fonction qu'assurent les banques. Le droit bancaire établira donc, en tant que besoin, des dérogations pour maintenir ou renforcer l'efficacité des collatéraux d'une dette.

Les interactions entre le droit des sûretés et les autres branches du droit donnent donc lieu à des difficultés spécifiques et inverses : la protection du débiteur en faillite (1) limite l'efficacité de la sûreté, alors que les exigences du droit bancaire (2) conduiront à la renforcer.

1/ La protection du débiteur en faillite : *droit de la faillite versus droit des sûretés*

27. La **protection du débiteur en faillite** est assurée par le régime général de l'obligation (qui sert de base au droit dérivé des sûretés) avec le délai de grâce et, plus spécialement par le droit de la faillite (droit des procédures collectives et droit du surendettement)[1]. La politique générale menée par le législateur expose le créancier (chirographaire) au moratoire et au risque d'insolvabilité de son débiteur (supra). Cette politique favorable au débiteur sera contrecarrée par la sûreté, dont la fonction principale est de garantir les créanciers détenteurs de sûreté contre le risque de pénurie et dont la fonction secondaire est de garantir certains créanciers, bénéficiant d'une mesure préventive, contre les lourdeurs de la procédure d'exécution forcée. Donc, de deux choses l'une :

- soit la sûreté peut être déclenchée précisément quand le débiteur tombe en faillite, parce que la sûreté réalise alors sa (ou ses) fonction(s). Les créanciers munis de sûreté échappent alors à la discipline collective imposée à l'ensemble

[1] *Régime général de l'obligation*, https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212, n°900 et suiv.

des autres créanciers (chirographaires, par conséquent). Le bailleur peut donc affecter le dépôt de garantie au paiement par compensation du loyer impayé, même pendant la faillite ; de même, il pourra agir contre la caution (qui ne peut invoquer la protection purement personnelle du débiteur en faillite). Le droit des sûretés l'emporte sur le droit de la faillite ;

– soit le créancier (même muni de sûreté) ne peut que réduire son risque d'impayé, mais sans pouvoir échapper à la discipline collective qui s'impose à tous les créanciers impayés. Les créanciers exerceront leurs prérogatives lorsque le gel des paiements (volontaires et forcés) cessera, à savoir souvent lors de la liquidation judiciaire de l'entreprise (en présence d'un débiteur professionnel). À ce moment, la pénurie sera répartie, avec un prélèvement prioritaire effectuée par les détenteurs de sûretés réelles : mais pendant tout le temps de la procédure, les prérogatives des créanciers (munis de sûretés) resteront soumises au gel des paiements.

En droit positif, le législateur a consacré cette dernière thèse à l'article 2287 c. civ., selon lequel « Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers. »

– L'étude des interactions entre le droit des sûretés et le droit de la faillite (modifié par une ordonnance publiée le même jour que l'ordonnance réformant le droit des procédures collectives[1]) sera menée en droit de la faillite (et notamment en droit des procédures collectives), afin de ne pas rendre excessivement complexe la compréhension de la logique interne du droit des sûretés.

– En résumé, l'article 2287 c. civ. affirme que le droit de la faillite l'emporte sur le droit des sûretés, du moins en principe (a), c-à-d. sauf exceptions (b).

a/ Le principe : *le droit de la faillite l'emporte sur le droit des sûretés*

28. Le **principe de la primauté du droit de la faillite** sur le droit des sûretés est fixé à l'article 2287 c. civ. : les sûretés « ne font pas obstacle » aux règles fixées en droit de la faillite, en présence d'un débiteur professionnel (« règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de

[1] Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ») ou particulier (« en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers »). Cela signifie que le créancier devra respecter la procédure de faillite pour conserver son obligation (avec son collatéral, la sûreté). L'obligation est soumise au droit de la faillite, avec ses accessoires (y compris la sûreté). Cela signifie deux choses :

Premièrement, *tous les créanciers, y compris ceux munis d'une sûreté*, seront soumis au droit de la faillite : les déclarations de créance[1] sous peine de forclusion[2], le gel des paiements[3], les délais de paiement (y compris le délai de grâce : art. 1343-5 c. civ.[4]) proposés ou imposés par le juge, voire même les remises de dettes (proposées par le juge) s'imposeront à tous les créanciers impayés. La conséquence du gel des paiements conduira donc à interdire au créancier de déclencher ses prérogatives à compter de l'ouverture de la faillite, puisque le paiement de substitution est une variété de paiement forcé. En conséquence :

– pour devenir propriétaire du bien appartenant à son débiteur (attribution judiciaire), le créancier gagiste devra attendre d'y être autorisé par le juge-commissaire, conformément à ce que prévoit le droit des procédures collectives (débiteur professionnel).

[1] Art. L 622-24 c. com. : « A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. (...) ».

[2] En présence d'un débiteur professionnel, art. L 622-26 c. com. : « A défaut de déclaration dans des délais fixés par décret en Conseil d'État, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6. Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande. »

En présence d'un débiteur, personne physique, faisant l'objet d'une procédure de rétablissement personnel (situation irrémédiablement compromise), l'art. L 332-7 c. conso. : « Le mandataire ou, à défaut, le juge procède aux mesures de publicité destinées à recenser les créanciers qui produisent leurs créances (…) ; les créances qui n'ont pas été produites dans un délai fixé par décret sont éteintes, sauf (…) relevé de forclusion ».

[3] En cas de surendettement, art. L 331-5 c. conso. : « la décision qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur (…) de payer, en tout ou en partie, une créance autre qu'alimentaire née antérieurement à cette décision » ().

En cas de procédure de sauvegarde : art. L 622-21 c. com. : « I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :

1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

« II.-Sans préjudice des droits des créanciers dont la créance est mentionnée au I de l'article L. 622-17, le jugement d'ouverture arrête ou interdit toute procédure d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.

Art. L 622-7 c. com. : « I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. » Voir aussi, art. 622-28 c. com. (gel des intérêts, sauf pour les prêts conclus pour plus d'un an).

[4] Art. 1343-5 c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

« Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

« Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

« La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

« Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

– quand le créancier revendique un bien dont il est propriétaire en titre (propriété-sûreté), le régime de son action en revendication est gouverné par le droit de la faillite, avec les délais imposés par le juge.

– Le droit des procédures collectives pourra également prévoir des mesures applicables à tous les garants personnels, ou à certains d'entre eux : un garant personnel, personne physique, pourra bénéficier des délais de paiement accordés au débiteur professionnel (en sauvegarde), alors que ce garant personnel aurait été tenu de payer à échéance en application du droit civil.

Deuxièmement, le droit de la faillite pourra porter *atteinte aux prérogatives spécifiques* dont disposent les créanciers munis de sûreté. Cette mesure signifie alors que l'ouverture de la faillite entraîne une destruction de la sûreté, précisément au moment où le créancier a besoin de son paiement de substitution. Cet effet du droit de la faillite existe :

– Depuis 2021 (ord. du 15 sept. 2021 réformant les procédures collectives), dès que le débiteur professionnel tombe en faillite, les revenus futurs qu'il avait cédés (par une sûreté contractuelle) au profit de ses créanciers (art. 1321 c. civ.[1]) lui reviennent : la cession (fiduciaire) de créance (consentie à titre gratuit, c-à-d. de garantie[2]) cesse de produire effet (art. 622-21 IV c. com.[3])[4]. Le domaine d'application de la mesure ne porte pas atteinte aux prérogatives du fisc : la saisie administrative à tiers-détenteur n'est pas une sûreté contractuelle.

– Selon la chambre commerciale de la cour de cassation, la faculté d'attribution judiciaire reconnue au créancier hypothécaire (art. 2458 c. civ.[5]) ne peut pas être exercée quand le débiteur professionnel est protégé par le droit des procédures collectives, faute pour ce droit de prévoir les modalités de son exercice (Com., 28 juin 2017[6], infra n°628-1). L'ouverture d'une procédure collective prive le créancier hypothécaire de l'une de ses prérogatives.

---

[1] Art. 1321 c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.
« Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.
« Elle s'étend aux accessoires de la créance.
« Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible. »

[2] *Régime général de l'obligation*, https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212, n°313.

[3] Art. L 622-21 IV c. com. : « Le même jugement [d'ouverture] interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur.
« Toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture. (...) ».

[4] Maxime Julienne, *Régime général des obligations*, LGDJ Lextenso, Hors collection, 5e éd., 2024, n°166, p.135.

[5] Art. 2458 c. civ. : « A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur. »

[6] Com., 28 juin 2017, n°16-10.591, Bull. ; D. 2017.1996 obs. Pierre Crocq ; D. 2017. 1356, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2017. 707, obs. P. Crocq ; Act. proc. coll. 2017. 236, obs. C. Alleaume ; Dr. et proc. juill. 2017, cah. dr. des entr. en diff., p. 10, obs. P. Roussel Galle ; JCP E 2017, chron. 1460, spéc. n°19, note Philippe Pétel : « A défaut de disposition autorisant, par dérogation au principe d'interdiction des poursuites posé par ce texte, la présentation d'une telle demande [attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué] en cas de procédure collective, comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué est irrecevable. »

La primauté du droit de la faillite sur le droit des sûretés est donc de nature à altérer l'efficacité des sûretés de deux manières : le paiement à échéance n'est plus garanti ; ponctuellement, le paiement de substitution sera parfois purement et simplement détruit. On comprend, dans ces conditions, pourquoi certains créanciers cherchent à obtenir des mesures préventives : ils veulent éviter d'être soumis au droit de la faillite, et obtenir du législateur une exception.

b/ Les exceptions issues du droit de la faillite : *la préservation du droit au paiement de certains créanciers*

29. Les **exceptions établies en droit des procédures collectives** préservent l'efficacité de certaines sûretés, de sorte que les créanciers qui en bénéficient pourront rester indifférents aux mesures de protection prises en faveur du débiteur en faillite. Ces créanciers échappant à l'application du droit de la faillite pourront être payés à échéance ou conserver leurs prérogatives (lorsqu'une décision de principe adoptée en droit de la faillite les en prive).

Certaines *sûretés déclenchées avant l'ouverture de la faillite* seront épargnées par le gel des paiements imposé à l'ensemble des créanciers. Le créancier bénéficiera donc d'un maintien de son droit à un paiement immédiat. Il en va ainsi pour :

- le créancier qui a obtenu, avant la faillite, un dépôt de garantie par le débiteur, ultérieurement tombé en faillite. Il en conserve la possession. Le droit de la faillite prévoit qu'il pourra l'affecter au paiement de substitution dès qu'une dette vient à échéance (car le paiement par compensation des créances connexes est autorisé par le droit de la faillite lui-même : art. L 622-7 I/ c. com.[1]) ;
- le créancier qui a déclenché le paiement du garant autonome avant la faillite en conserve le montant (soumis au même régime que le dépôt de garantie). Cette mesure préventive a été précisément prévue afin de permettre au créancier d'éviter l'application du droit de la faillite (infra).

Certains créanciers bénéficient également d'une exception, avant d'éviter que leur paiement soit bloqué par une décision de principe adoptée en droit de la faillite.

- Depuis 2021[2], certaines cessions (contractuelles) de créance (art. 313-23 c. mon. et fin.[3]) continuent (exceptionnellement) de produire leurs effets, même quand la créance vient à échéance après l'ouverture de la faillite du débiteur (cédant) (art. 622-21 IV al. 3 c. com.[4]). Les banques ayant obtenu, avant la faillite de leur débiteur, une cession contractuelle portant sur les revenus futurs de leur débiteur continueront à

[1] Art. L 622-7 c. com. : « I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. […] »

[2] Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce, art. 19. Avant 2021, toutes les cessions de créance continuaient de produire leurs effets en cas de faillite du débiteur.

[3] La cession ou le nantissement de créances professionnelles est une garantie dont seules les banques bénéficient. Art. L 313-23 c. mon. et fin. : « Tout crédit qu'un établissement de crédit, (…) consent à une personne (...) dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu (…) à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.
« Peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés. (...) »

pouvoir les percevoir même si, ultérieurement, le débiteur tombe en faillite. Le débiteur cédé paye la banque (cessionnaire ou nantie) : la somme sera affectée au paiement (par compensation) de la dette du cédant (débiteur) envers le cessionnaire (banque créancière) ;

– L'ensemble des créanciers est soumis à la déclaration de leur créance (art. 622-24 c. com.[1]), à l'exception des créanciers alimentaires (art. 622-24 al. 1er c. com.[2]). Ces créanciers ne sont pas non plus concernés par le gel des paiements.

Les exceptions à la primauté du droit de la faillite sur le droit des sûretés doivent être établies par un texte, qui résulte notamment du droit de la faillite lui-même.

30. L'**influence exercée par le droit de la faillite**, et spécialement le droit des procédures collectives, sur le droit des sûretés s'explique donc par la volonté du législateur de protéger le débiteur envers l'ensemble de ses créanciers, même munis de sûretés. Dans l'ensemble, les interactions entre droit de la faillite et droit des sûretés ont pour effet de réduire l'efficacité des sûretés, et donc de porter atteinte à leur valeur. Le droit bancaire produit un effet inverse.

2/ L'influence du droit bancaire sur le droit des sûretés : *l'efficacité des collatéraux*

31. L'**influence du droit bancaire sur le droit des sûretés** s'explique par le rôle central que jouent les banques dans le financement de l'économie, et spécialement dans le placement des dettes de l'État. Tout débiteur qui veut apparaître comme fiable doit être en mesure d'octroyer des sûretés efficaces.

Un particulier qui veut emprunter pour cesser d'être locataire et devenir propriétaire de son logement a besoin de la sûreté pour garantir le banquier, qui prend le risque d'occuper la position de créancier économique. La banque est seule responsable de la présence de l'actif immobilier dans le patrimoine de l'emprunteur : si elle doit être supplantée par l'État ou par un autre créancier, le débiteur perd immédiatement son crédit.

[4] Art. 622-21 IV al.3 c. com. : « Toutefois, l'accroissement de l'assiette peut valablement résulter d'une cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier lorsqu'elle est intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure. Cet accroissement peut également résulter d'une disposition contraire du présent livre ou d'une dérogation expresse à son application prévue par le code monétaire et financier ou le code des assurances. »

[1] Art. 622-24 al. 1er c. com. : « À partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. (...) »

[2] Art. 622-24 al. 8 c. com. : « Les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article. »

Les sûretés efficaces octroyées au banquier permettent donc à des catégories sociales non propriétaires d'investir utilement : des particuliers pourront devenir propriétaires de leur logement ; des entreprises pourront investir sans avoir à épargner.

Si les banques ne sont pas garanties efficacement, le résultat sera simplement l'absence de crédit : des catégories sociales resteront locataires ; des entreprises investiront tardivement (auto-financement) et seront supplantées par celles qui peuvent se moderniser. L'absence de sûreté efficace pour les banques se traduit par une trappe à pauvreté pour des catégories entières de la population.

32. L'**agent des sûretés**[1] est un professionnel qui a pour mission de gérer les sûretés (personnelles comme réelles), en présence d'un emprunt réalisé auprès de plusieurs banques (crédit syndiqué, ce qui est le cas pour les emprunts effectués par l'agence France Finance) ou en présence d'une titrisation (permettant à une banque de se refinancer auprès d'investisseurs).

L'exercice de l'activité d'agent des sûretés est réglementé aux articles 2488-6 et suiv. c. civ.[2] : ce *mandataire* agit pour le nom et pour le compte d'un créancier[3]. Il peut être remplacé sans formalité (en cas de mauvaise gestion, de faillite ou plus généralement de perte de confiance : art. 2488-11 c. civ.[4]). Mais la mission donnée par les créanciers peut être plus précise (ainsi, gérer les titres émanant de tel débiteur) : le contrat précisera les pouvoirs dont dispose l'agent des sûretés (art. 2488-7 c. civ.[5]). Les tiers sauront donc à qui ils ont affaire, et de quel pouvoir dispose l'agent des sûretés (art. 2488-8 c. civ.[6]).

La mission de l'agent des sûretés (qui engage sa responsabilité personnelle : art. 2488-12 c. civ.[7], de sorte que l'agent sera probablement une banque, au regard de la charge de l'assurance[8])

[1] Avant l'ordonnance n°2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, un mécanisme embryonnaire avait été créée pour gérer les sûretés (anc. art. 2328-1 c. civ.). Voir : Pierre Crocq, *Chronique de droit des sûretés août 2016 - août 2017*, D. 2017. 1996 .

[2] Art. 2488-6 c. civ. : « Toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie.

« L'agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties.

« Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre. «

[3] Le droit français recourt à la technique du mandat : en droit américain, le « security trustee » recourt à la technique du trust (qui sert de modèle à la fiducie-gestion de droit français). Voir : Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 3e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2008, n°747-1, p.352.

[4] Art. 2488-11 c. civ. : « En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement et si l'agent des sûretés manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel, tout créancier bénéficiaire des sûretés et garanties peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés.

« Tout remplacement conventionnel ou judiciaire de l'agent des sûretés emporte de plein droit transmission du patrimoine affecté au nouvel agent des sûretés. »

[5]Art. 2488-7 c. civ. : « A peine de nullité, la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs. »

[6] Art. 2488-8. c. civ.: « Lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de l'obligation garantie, il doit faire expressément mention de sa qualité. »

[7] Art. 2488-12 c. civ. : « L'agent des sûretés est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission. »

[8] Pierre Crocq, *Chronique de droit des sûretés*, D. 2017. 1996

consiste à *gérer les titres* qui lui sont confiés par les créanciers (art. 2488-9 c. civ.[1]), souvent en cas d'impayé. L'agent doit savoir conserver la créance, en déclarant au passif du débiteur en faillite[2], et à quel moment déclencher la sûreté. Il aura ainsi à gérer des ensembles complexes de titres[3], soit lors d'opérations de titrisation (vente de paquets de créances présentant différents niveaux de risques), soit lors d'emprunts complexes (organisés par des pools bancaires : le placement de la dette d'État française …). Économiquement, l'agent des sûretés est donc appelé à devenir un rouage dans la circulation des titres et de leurs collatéraux : l'agent des sûretés gère des titres qui demeurent la propriété des créanciers (art. 2488-10 c. civ.[4]).

(33. : réservé)

34. Les **interactions entre le droit des sûretés et les droits connexes** (droit des procédures collectives et droit bancaire) montrent que le paiement de l'obligation donne lieu à une politique complexe menée par le législateur. Cet environnement de la sûreté explique en partie les tensions qui traversent le droit des sûretés, sur deux aspects précis :

– Les difficultés que traverse le débiteur en faillite conduisent le législateur à exposer le créancier à davantage de risques. Lorsque le débiteur est une *personne physique* (entrepreneur, garant personnel …), le législateur montre une réticence nette à octroyer une sûreté trop efficace ;

– La logique des marchés financiers impose, à l'inverse, de trouver des sûretés efficaces, ce qui explique l'influence du droit bancaire sur ce point.

L'influence combinée du droit de la faillite (notamment en présence d'un débiteur, personne physique) et du droit bancaire (avec l'obtention de sûretés efficaces) met, de ce point de vue, le droit des sûretés sous tension. Le régime de chaque sûreté en porte la trace.

[1] Art. 2488-9 c. civ. : « L'agent des sûretés peut, sans avoir à justifier d'un mandat spécial, exercer toute action pour défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie et procéder à toute déclaration de créance. »

[2] Art. 2488-9 c. civ. : « L'agent des sûretés peut, sans avoir à justifier d'un mandat spécial, (...) procéder à toute déclaration de créance. »

[3] V. Barbier, *Le nouvel agent des sûretés : une petite révolution au service des crédits syndiqués*, RD banc. fin. 2017. Dossier 28 ; E. Le Galloc'h, *Réforme de l'agent des sûretés : vers une modernisation et un renouvellement du régime*, Banque et Droit nov.-déc. 2016. 17 ; D. Robine, *Loi Sapin II : l'esquisse d'un nouvel agent des sûretés*, RD banc. fin. 2016. Étude 36 ; *Agent des sûretés et procédure collective : une interaction désormais maîtrisée*, Act. proc. coll. 2017, n° 165 ; et *Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur*, RD banc. fin. 2017. Étude 12

[4] Art. 2488-10 c. civ. : « Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de leur conservation ou de leur gestion, sous réserve de l'exercice d'un droit de suite et hors les cas de fraude.

« L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission. »

II/ Le régime de chaque sûreté : *l'encadrement des prérogatives du créancier*

35. Le **régime de chaque sûreté** est traité dans le livre IV du code civil (art. 2284 et suiv.) et donne lieu à des précisions destinées à encadrer les prérogatives dont disposera le créancier, chose qui peut surprendre au premier abord, puisque la fonction de la sûreté consiste à solvabiliser le débiteur. Or, le législateur rend délibérément certaines sûretés peu efficaces, en exigeant le respect de certaines conditions de forme (dans le cautionnement, par exemple), en limitant le montant garanti (un mois de loyer pour le dépôt de garantie : art. 22 al. 1er de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation[1]) et en prévoyant des sanctions lourdes si le bailleur omet de le restituer à temps au locataire (une pénalité de 10% par mois sera appliquée : art. 22 al. 7 de la loi préc.[2]). L'efficacité limitée d'une sûreté signifie que le législateur décide d'exposer le créancier à un risque d'impayé contre lequel il ne pourra pas se garantir. Le législateur estime donc que le paiement effectif du créancier, grâce à une sûreté efficace, n'est pas souhaitable, ce qui donnera lieu à une réaction de sa part.

La logique même de la sûreté est contestée, lorsque le législateur établit des obstacles (d'ordre public) destinés à rendre plus compliqué l'accès du créancier à une ressource de substitution en cas d'impayé[3].

- Les dispositions impératives peuvent interdire à un créancier d'obtenir une garantie que le législateur juge excessive : le législateur exigera alors qu'il y ait une proportion entre le montant de la dette et la valeur du bien servant de sûreté réelle.
- Dans l'ensemble, on note toutefois que ces dispositions d'ordre public sont souvent imposées au détriment de certains créanciers (professionnels, notamment) et elles profitent plutôt à des *personnes physiques*, et lorsque ces deux critères se cumulent, le régime de la sûreté devient parfois particulièrement complexe. Une connaissance précise du droit applicable (parfois avec ses différentes strates de législations) s'impose faute de quoi la sûreté sera mal

[1] Art. 22 al. 1er de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 : « Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, il ne peut être supérieur à un mois de loyer en principal. Au moment de la signature du bail, le dépôt de garantie est versé au bailleur directement par le locataire ou par l'intermédiaire d'un tiers. »

[2] Art. 22 al. 7 loi préc. : « A défaut de restitution dans les délais prévus, le dépôt de garantie restant dû au locataire est majoré d'une somme égale à 10 % du loyer mensuel en principal, pour chaque période mensuelle commencée en retard. Cette majoration n'est pas due lorsque l'origine du défaut de restitution dans les délais résulte de l'absence de transmission par le locataire de l'adresse de son nouveau domicile. »

[3] Michel Cabrillac, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres, in *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p.709 et suiv.

formée ou se révélera faiblement efficace voire inefficace en cas d'impayé. Le résultat est que le débiteur est mal ou peu solvabilisé par la sûreté, en raison des dispositions d'ordre public de son régime.

Pour échapper à l'application d'un régime prévu dans le cadre d'une sûreté spécifique (le cautionnement, l'hypothèque …), les créanciers (souvent les banques) confrontés à un débiteur insuffisamment solvable ont donc le choix entre refuser de faire crédit ou obtenir l'accès à une nouvelle sûreté, soumise à un régime nettement moins rigoureux. La doctrine parle de « garanties »[1], terme faussement neutre (puisque la garantie est présentée comme commune, donc accessible aux créanciers chirographaires) destiné à occulter la recherche d'efficacité des créanciers.

– Face à un cautionnement devenu peu fiable (afin de protéger les intérêts de la caution, personne physique, qui prétend s'engager), le créancier professionnel cherchera à obtenir un autre type de garantie personnelle, grâce à la liberté contractuelle. Cette nouvelle garantie personnelle permettra alors d'échapper à l'ordre public qui s'impose uniquement dans le cautionnement.

– Face à des privilèges (à savoir des sûretés légales) ne garantissant qu'un paiement tardif (en raison de l'impact de la procédure collective) et ne portant que sur les reliquats laissés par d'autres catégories créanciers, certaines catégories de créanciers (fournisseurs, banquiers ...) ont recherché et obtenu du législateur de nouvelles « garanties » réelles, destinées en réalité à les surclasser. La question de fond reste toujours la même : il y a ceux qui réussissent effectivement à transférer la charge de la pénurie sur les autres créanciers et ceux qui n'y réussissent plus, car leur sûreté réelle est devenue moins efficace.

En droit contemporain, la tension qui affecte les sûretés se traduira par un phénomène d'inflation. Quand ils le peuvent, les créanciers cherchent à éviter certaines sûretés classiques, trop dévaluées, et à détenir des « garanties », qui permettent d'obtenir effectivement un paiement substitution en cas de défaillance du débiteur. Mais cette recherche des créanciers n'est possible que si le législateur pratique une politique d'*inflation des sûretés*. C'est ce qu'il fait et ce qui explique pourquoi le droit positif des sûretés se compose de plusieurs centaines d'articles :

[1] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°33, p. 28 ; Patrice Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Mélanges Malinvaud*, Litec, 2007, p.303 ; F. Rouvière, *L'obligation comme garantie*, RTD civ. 2011, p.1

– Une strate de législation renforce les dispositions d'ordre public applicable aux sûretés existantes (afin de protéger les débiteurs ou les garants personnels, personnes physiques) ;

– puis une autre (sous l'influence du milieu bancaire) crée de nouvelles « garanties », afin de rétablir la valeur des collatéraux (ce qui correspondait, dans l'ensemble, à l'orientation de l'ordonnance du 23 mars 2006[1]) ;

– et de nouveau, le législateur renforce l'ordre public (selon une logique qui correspond, dans l'ensemble, à l'orientation générale de l'ordonnance du 15 septembre 2021[2]).

Ce phénomène d'inflation qui affecte aussi bien les sûretés personnelles que les sûretés réelles, conduit donc les créanciers à se méfier de certaines sûretés, devenues trop peu efficaces, et à rechercher uniquement celles qui sont suffisamment efficaces, en raison du risque excessif d'impayé que présente un débiteur potentiel.

(36- à 48. : réservés)

48. Le **droit des sûretés** repose donc sur un mécanisme de base : la sûreté solvabilise l'activité d'un débiteur. Un créancier confronté à un débiteur non fiable exige un paiement immédiat ou préalable. Le créancier économique, qui accepte le risque d'un paiement à terme, commence par évaluer la crédibilité (c-à-d. le crédit) de son débiteur au regard de deux paramètres :

– Le débiteur disposera-t-il des revenus suffisants pour honorer sa dette ? Le bailleur demande un avis fiscal (faisant état des revenus passés du futur locataire) ; la banque examine la faculté de remboursement de l'emprunteur au regard de ses revenus disponibles. Le créancier économique espère que le débiteur procurera l'exécution volontaire ;

– Si le débiteur perd ses revenus, pour une cause ou une autre, ou s'il est confronté à un passif imprévu, la liquidation de son patrimoine permettra-t-elle de payer immédiatement l'ensemble du passif présent et futur (ce qui correspond

[1] Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006 (https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2006/3/23/JUSX0600032R/jo/texte).
[2] Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

à une déchéance du terme) ? Le créancier envisage alors spécifiquement le risque d'insolvabilité, qui survient lors de l'exécution forcée.

Lorsque le débiteur est économiquement fragile (risque excessif d'insolvabilité), le créancier n'acceptera le paiement à terme que s'il est garanti par la sûreté, laquelle peut être de deux types.

La *sûreté réelle* est consentie (par contrat) ou octroyée au créancier (par la loi) sur un bien (ou une masse de biens) figurant dans le patrimoine du débiteur. Le débiteur dispose, dans son patrimoine, d'actifs suffisants pour le solvabiliser envers tel créancier (muni d'une sûreté).

– Le locataire potentiel perçoit des revenus irréguliers et il ne dispose pas d'actifs suffisants dans son patrimoine pour garantir sa solvabilité : mais l'allocation-logement (400€) sera affectée au paiement du loyer (450€). La sûreté réelle réduit, pour le bailleur social, le risque d'impayé à un montant de 50€/mois.

– L'entrepreneur individuel est propriétaire de son logement (remboursé), de sorte qu'il peut l'hypothéquer pour obtenir un prêt bancaire, afin de financer une activité qu'il espère rentable.

La sûreté réelle permet de solvabiliser l'activité du débiteur, quand il possède dans son patrimoine un actif jugé suffisant (revenu: allocation-logement ; bien : immeuble) par le créancier pour payer la dette.

La *sûreté personnelle* est consentie (par contrat), lorsqu'un tiers accepte de payer la dette du débiteur, à hauteur d'un certain montant. Le créancier considère alors la solvabilité non plus de son débiteur, mais celle du garant personnel : ce dernier doit disposer, dans son patrimoine, d'un actif d'une valeur suffisante pour être en mesure de payer la dette.

– Le gérant de sarl se porte caution au profit de sa sarl, pour garantir un prêt bancaire. Évidemment, le banquier fera remplir une fiche de renseignement, afin de s'assurer que le gérant de sarl possède un bien d'une valeur suffisante (une résidence principale payée).

– Le bailleur demandera au locataire disposant de revenus irréguliers de trouver une banque (caution, personne morale) qui acceptera de le garantir, dans l'hypothèse où il ne serait pas en mesure de payer son loyer et l'indemnité d'occupation en cas de rupture du bail.

Le droit des sûretés utilise donc *deux mécanismes*, lesquels peuvent d'ailleurs se combiner entre eux, afin que le débiteur puisse obtenir le montant dont il estime avoir besoin pour exercer telle ou telle activité. La sûreté solvabilise l'activité du débiteur à hauteur d'un certain montant : c'est le montant du crédit que le débiteur pourra obtenir.

– Sûreté personnelle et sûreté réelle peuvent se combiner entre elles. Le garant personnel peut consentir au créancier une sûreté réelle sur l'un de ses biens : le dirigeant de sarl se porte caution réelle, et consentira au profit du créancier une hypothèque sur sa résidence (valant 200.000€). Les créanciers personnels du dirigeant de sarl se contenteront des restes, en cas de surendettement. La banque acceptera de prêter un montant proche de 200.000€.

– Sûreté personnelle et sûreté réelle peuvent se cumuler. Pour prêter 200.000€, la sarl procurera une sûreté réelle sur un de ses biens (valant 50.000€) ; le dirigeant de la sarl se constituera caution (à hauteur du montant qu'il peut payer : 100.000€) et il faudra trouver une autre caution (personne morale solvable) qui acceptera de s'engager pour le solde, soit 50.000€, faute de quoi la banque ne prêtera que 150.000€.

La sûreté consiste donc à calculer le montant du crédit dont dispose un débiteur qui présente un risque excessif d'insolvabilité. Ce montant se calcule en tenant compte de l'efficacité de chaque sûreté : en économie, ce calcul (probabiliste, mais inexact) repose sur des données juridiques. Les sûretés sont d'efficacité variable : chaque sûreté possède une valeur propre.

49. La valeur économique d'une sûreté se calcule : il s'agit de déterminer le montant que le créancier obtiendra en exerçant l'une des prérogatives que procure sa sûreté, en cas de défaillance du débiteur (comprendre : en cas de liquidation de son patrimoine). Ce montant correspond au crédit dont dispose le débiteur : c'est la valeur qu'un créancier économique peut prêter, parce qu'il sera en mesure de la récupérer plus tard en cas de défaillance de son débiteur.

La *valeur économique* de la sûreté se fonde sur une anticipation : en économie, cette anticipation conduira à fixer une valeur précise (mais mathématiquement inexacte). Le créancier estime qu'il pourra récupérer le montant restant à rembourser, grâce à l'hypothèque ou à un cautionnement : si l'immeuble conserve sa valeur et si aucun autre créancier ne bénéficie d'un droit prioritaire sur l'immeuble (cas de hypothèque) ou si la

caution reste solvable, la valeur (précise) de la sûreté se révélera (statistiquement) exacte.

La valeur économique de la sûreté repose sur des données juridiques. Il faut connaître le régime de chaque sûreté pour savoir si elle est valablement formée et si le créancier pourra exercer telle ou telle prérogative, lorsque le débiteur est défaillant. Alors, la valeur économique d'une sûreté sera calculée correctement : si les paramètres juridiques sont exacts, le créancier aura pu fixer correctement le montant du crédit qu'il peut allouer au débiteur, éventuellement en obtenant plusieurs sûretés.

En droit, les sûretés se classent en fonction de leur technique :

- En présence d'une sûreté personnelle (1ère partie), un tiers engage son patrimoine pour payer la dette d'un autre ;
- En présence d'une sûreté réelle (2ème partie), un bien est prioritairement affecté au paiement de la dette

49-1. Le législateur commence par présenter les sûretés personnelles, puis il traite des sûretés réelles. Ce **plan** traditionnel présente un avantage et un inconvénient.

L'avantage que procure l'étude préalable des sûretés personnelles consiste à montrer que le créancier est certes payé par le garant personnel, sans que ce paiement ait pour effet de réduire le passif du débiteur. En effet, le débiteur (enrichi par le paiement d'un autre) devra rembourser son garant personnel.

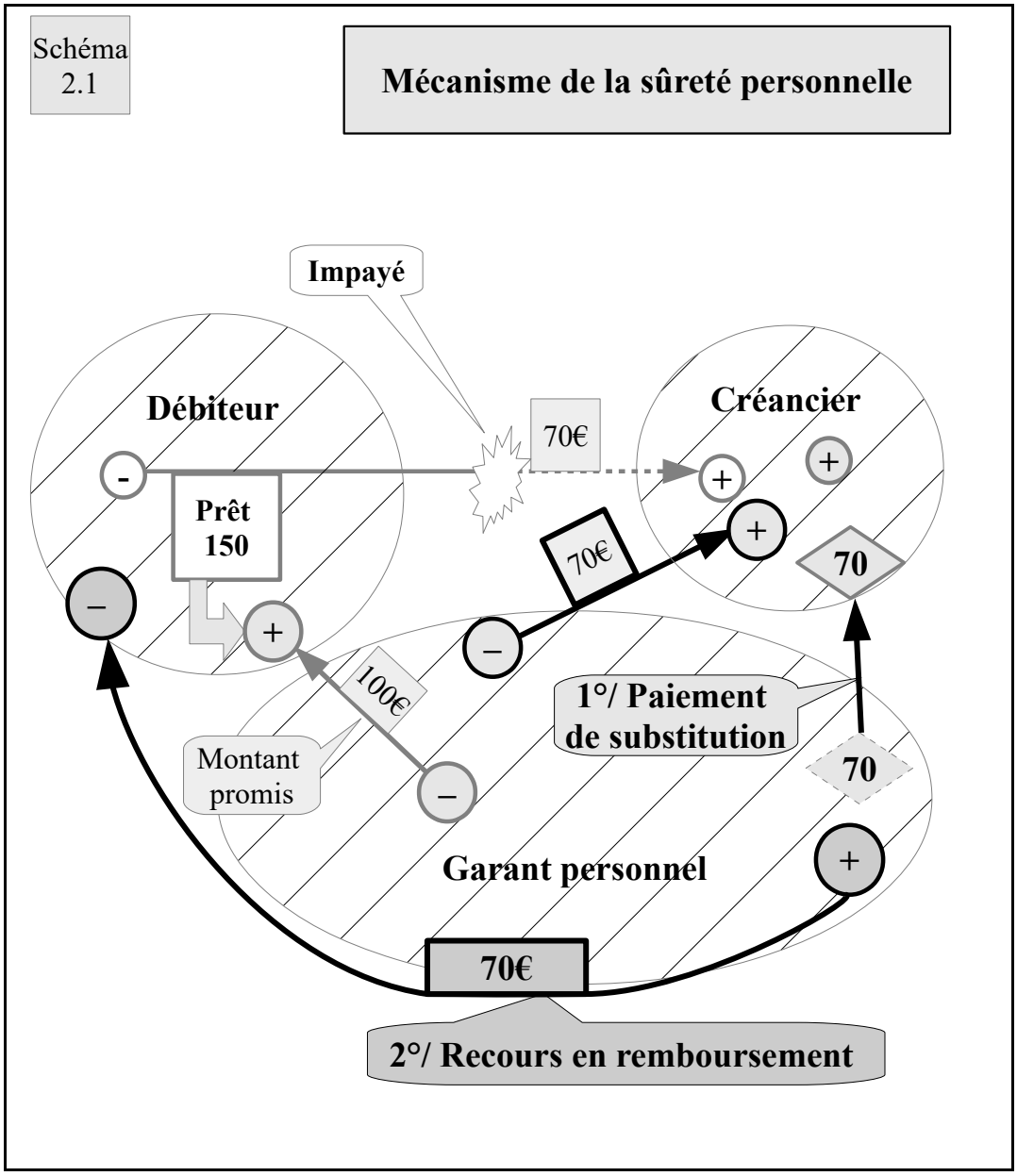
Un plan inversé, débutant par l'étude des sûretés réelles, correspond à la pratique bancaire. Un débiteur commence par exposer sa solvabilité (avec l'actif figurant dans son patrimoine), avant de demander à un tiers de se porter garant pour lui, lorsque la banque estime que la valeur des biens servant d'assiette aux sûretés réelles est insuffisante.

1ère partie

Les sûretés personnelles

50. Les **sûretés personnelles** imposent à un garant de procurer un paiement de substitution à un créancier, dans l'hypothèse où le débiteur serait ou risquerait d'être défaillant dans l'exécution de son obligation ; le garant, après paiement, disposera d'un recours intégral en remboursement contre celui qui est enrichi par son paiement (à savoir, le plus souvent, le débiteur) (schéma 2.1).

Schéma 2.1



La définition de la condition (suspensive) convenue entre les parties, créancier et garant, jouera un rôle central dans la classification des sûretés personnelles.

– Soit le créancier et le garant conditionnent le paiement de substitution du garant à une défaillance du débiteur ;

– Soit, conformément à la liberté contractuelle implicitement validée à l'article 2287-1 c. civ., le créancier et le garant peuvent définir autrement la modalité d'intervention du garant : « Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. »

Le texte suggère que les parties ont le choix, premièrement, et que ce choix porte sur trois sûretés personnelles (qui font l'objet du titre 1er du livre IV), deuxièmement.

51. Les parties peuvent tout d'abord choisir le **contrat de cautionnement** (art. 2288 à 2320 c. civ. : 32 articles), sûreté personnelle classique, laquelle donne lieu à des dispositions impératives qui n'ont pas été substantiellement modifiées avec l'ordonnance du 15 septembre 2021.

– La caution s'engage envers le créancier à payer la dette du débiteur, à hauteur d'un certain montant, à la condition que le débiteur soit défaillant : ce mécanisme semble donc parfaitement adapté pour un créancier qui craint un impayé. Un créancier ne cherche normalement pas à obtenir du garant un paiement de substitution, lorsque le débiteur n'est pas défaillant. Le déclencheur de cette sûreté personnelle sera donc la défaillance.

– Toutefois, le cautionnement est devenu, notamment à partir des années 1980, un titre de plus en plus dévalué, en raison de la multiplication des devoirs (impératifs) imposées aux créanciers, notamment professionnels. L'action en paiement de ces derniers bute sur des obstacles juridiques de plus en plus nombreux[1], notamment quand l'action est dirigée contre des cautions, personnes physiques. Au début des années 2000, le cautionnement est devenu un collatéral peu fiable.

52. Les parties peuvent également choisir d'**autres sûretés personnelles** (« garantie autonome et lettre d'intention », selon l'article 2287-1 c. civ.), qui ont fait leur entrée dans le livre IV en 2006 (ordonnance du 23 mars 2006 : art. 2321 et 2322 c. civ., soit 2 articles au total). En 2006, les parties peuvent choisir d'autres sûretés personnelles,

[1] La liste des réformes législatives du cautionnement figure dans Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°38, p.35 à 36.

dotées d'un déclencheur plus efficace, d'où leur dénomination de « garanties personnelles ».

- Contrairement à ce que suggère l'article 2278-1 c. civ., la liberté contractuelle des parties porte sur d'autres sûretés personnelles que celles mentionnées dans le titre 1er du code civil. Le plan-catalogue n'est donc pas exhaustif, mais illustre les figures contractuelles à disposition des parties. On notera l'absence de réglementation précise : deux articles au total, pour deux sûretés personnelles, à comparer aux 32 articles consacrés au cautionnement ;
- Le déclencheur des ces sûretés est systématiquement plus précoce que celui du cautionnement et c'est la raison pour laquelle elles sont dénommées « garanties personnelles » en doctrine.

L'apport crucial de l'ordonnance de 2006 consistait à affirmer que la réglementation (impérative) du cautionnement n'interdisait pas le recours à des sûretés personnelles plus efficaces.

53. L'article 2287-1 c. civ. semble donc énoncer un plan-catalogue (incomplet). Le texte affirme en réalité que les parties (créancier et garant personnel) disposent de la **liberté contractuelle** pour choisir la sûreté personnelle la mieux adaptée à leur situation :

- soit les parties optent pour le cautionnement, dont le régime est connu (avec ses 32 articles), mais avec ses dispositions impératives et les sanctions infligées au créancier (notamment professionnel) ;
- soit les parties optent pour une garantie personnelle, dont le régime est nettement moins connu, mais avec une constante, à savoir octroyer au créancier une garantie nettement plus efficace (grâce à l'absence de réglementation d'ordre public : ce qui explique pourquoi un article suffira à établir une garantie).

La classification des sûretés personnelles, en droit positif, illustre donc à elle seule la politique menée par le législateur : l'ordre public s'impose dans le cautionnement, mais les parties ont la liberté (contractuelle) de s'y soustraire et d'obtenir une garantie plus efficace. L'article 2278-1 illustre l'inflation des sûretés : le cautionnement (chap. 1er) est concurrencé par les garanties personnelles (chap. 2ème).

(54- à 99. : réservés)

Chapitre 1er

Le cautionnement

100. Selon l'article 2288 al. 1er c. civ.[1], « Le **cautionnement** est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. » La défaillance du débiteur est une condition (au sens du régime général des obligations) : c'est un « un événement futur et incertain » (art. 1304 c. civ.[2].) dont personne (ni la caution, ni le créancier, ni même le débiteur, ce dernier étant tiers au contrat) ne souhaite la réalisation. Si le débiteur n'exécute pas volontairement son obligation, la caution promet de se substituer à lui en payant le créancier.

Lors de la *formation du contrat de cautionnement*, la caution s'engage unilatéralement envers le créancier à lui payer la part manquante de la dette couverte (ce qui correspond à l'inexécution du débiteur), et le plus souvent dans la limite d'un certain montant (celui que la caution est en mesure de payer). La caution s'engage sous cette double limite.

L'*exécution du cautionnement* par la caution n'aura lieu que si le risque de défaillance du débiteur (c-à-d. la condition, suspensive en l'occurrence[3]) se réalise. Dans ce cas, conformément au mécanisme général des sûretés personnelles, l'exécution du cautionnement aura lieu en deux temps :

- Dans un premier temps, la caution remplacera le débiteur défaillant et paiera au créancier la somme promise ;
- Dans un deuxième temps, la caution exercera une action en remboursement contre le débiteur principal (véritable débiteur, enrichi par le paiement d'un tiers[4]).

La caution assume provisoirement la charge de l'inexécution du débiteur.

Le mécanisme général du cautionnement (qui apparaît avec les dispositions générales[5]) fait apparaître trois traits fondamentaux (que l'on retrouve dans les autres sûretés personnelles) : le cautionnement répond à une condition posée ; il résulte d'un contrat (exprès) ; le risque assumé par la caution a vocation à rester provisoire.

---

[1] Art. 2288 c. civ. : « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci.
« Il peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu. »

[2] Art. 1304 c. civ. : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.
« La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. (...) »

[3] *Régime général de l'obligation*, n°215 et suiv.

[4] Le remboursement par le véritable débiteur éteint alors la dette. Voir, *Régime général de l'obligation*, n°525 et suiv.

[5] Les dispositions générales (art. 2288 à 2291-1 c. civ.) sont en réalité des dispositions diverses composées d'une liste de définitions (cautionnement : art. 2288 c. civ. ; cautionnement dit légal : art. 2289 c. civ. ; simple : art. 2290 c. civ.) pouvant décrire des mécanismes complexes (contre-cautionnement : art. 2291 c. civ. et sous-cautionnement : art. 2291-1 c. civ.).

101. Le cautionnement, comme toute sûreté personnelle, est un contrat conclu entre une caution et un créancier, afin que le débiteur puisse remplir une **condition** qui s'impose à lui : s'il veut accéder à une ressource ou à un avantage, le débiteur devra trouver une personne qui l'appuie.

La condition imposée au débiteur trouve sa *source* dans le contrat principal projeté, une exigence légale ou celle d'une décision de justice.

– L'*exigence d'un contractant* d'obtenir la garantie d'un cautionnement ne se conçoit que s'il est en position de force par rapport à l'autre. L'un affirme qu'il préfère se passer du contrat, s'il n'est pas assuré d'obtenir la prestation de l'autre : si le locataire pressenti ne fournit pas caution, le contrat de bail ne sera pas conclu ; si l'acquéreur (professionnel en faillite) ne trouve personne personne pour le garantir, le fournisseur de marchandises exigera d'être payé comptant. Cette exigence du créancier se comprend, puisqu'il est confronté à un débiteur économiquement faible, potentiellement sujet à défaillance. Ce cautionnement est dit « conventionnel », pour montrer que tout est affaire de volonté privée. Le bénéfice du cautionnement n'est toutefois pas réservé aux créanciers contractuels puissants (les seuls qui puissent imposer leur volonté à leur cocontractant).

– Le cautionnement est dit « légal » (par la source de la condition imposée au débiteur), quand la loi impose à un débiteur (souvent professionnel) la conclusion d'un cautionnement au profit d'un contractant en position de faiblesse relative (art. 2289 al. 1er c. civ.[1]). Ce contrat de cautionnement présente une spécificité : les créanciers protégés bénéficient d'une stipulation pour autrui. La caution contracte avec le débiteur, lequel agit au nom et pour le compte de ses créanciers, qui sont souvent des personnes physiques. La terre d'élection du cautionnement légal protège des créanciers (contractuels), personnes physiques, confrontées à des professionnels, dans deux grands cas de figure :

– le cautionnement légal permet à un créancier d'obtenir le paiement d'une créance vitale pour lui. Les employeurs sont ainsi tenus

[1] Art. 2289 c. civ. : « Lorsque la loi subordonne l'exercice d'un droit à la fourniture d'un cautionnement, il est dit légal.
« Lorsque la loi confère au juge le pouvoir de subordonner la satisfaction d'une demande à la fourniture d'un cautionnement, il est dit judiciaire. »

d'être garantis (par l'AGS[1]) pour le paiement des salaires[2] (dus pendant la procédure de redressement ou liquidation judiciaire) ; l'agence de voyage doit souscrire une garantie financière , afin d'assurer notamment le rapatriement du touriste[3].

– le cautionnement légal garantit des créanciers lors d'opérations portant sur une fraction importante de leur patrimoine : les constructeurs d'immeuble[4] doivent souscrire une garantie d'achèvement au profit de leurs clients ; les agents immobiliers et les notaires doivent fournir un cautionnement afin de garantir la restitution des fonds résultant de la vente d'un immeuble ; il en va de même avec les assureurs[5], en présence d'un sinistre.

– Le cautionnement est dit « judiciaire » (de source), quand il est imposé par une décision de justice, afin de garantir l'exécution d'une obligation. Le plaideur (que la décision de justice rend créancier) sera garanti contre le risque d'inexécution, particulièrement élevé quand le débiteur est condamné en justice[6].

La source de l'obligation, faite au débiteur, de trouver une caution résulte donc aussi bien du contrat, que de la loi ou d'un jugement. Cela n'affecte évidemment en rien *le contrat de cautionnement, qui est toujours conventionnel* : comme en présence d'une assurance (tantôt obligatoire, tantôt librement contractée), il faut qu'une personne (la caution) accepte de conclure avec une autre (le créancier) pour que le cautionnement soit conclu. La condition imposée au débiteur est alors remplie.

---

[1] L'AGS (association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés) paye le salaire de plus de 200.000 salariés par an.

[2] Art. L 3253-6 c. trav. : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. »

[3] Art. L 211-18 II a c. du tourisme : « I. Les personnes physiques ou morales mentionnées à l'article L. 211-1 sont immatriculées au registre mentionné au premier alinéa de l'article L. 141-3.

« II. Afin d'être immatriculées, ces personnes doivent : a) Justifier, à l'égard des clients, d'une garantie financière suffisante, spécialement affectée au remboursement des fonds reçus au titre des forfaits touristiques et de ceux des services énumérés à l'article L. 211-1 qui ne portent pas uniquement sur un transport. Cette garantie doit résulter de l'engagement d'un organisme de garantie collective, d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'assurance (...) ou d'une société de financement. Elle doit couvrir les frais de rapatriement éventuel. (...) ».

[4] Art. L 231-6 c. construct. et hab. : « I.-La garantie de livraison (...) couvre le maître de l'ouvrage, à compter de la date d'ouverture du chantier, contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution des travaux prévus au contrat, à prix et délais convenus ». Voir Civ. 3e, 26 nov. 2014, n°13-25.534, Bull. (garantie d'achèvement déclenchée par la défaillance du constructeur).

[5] Art. L 512-7 c. ass. : « Tout intermédiaire d'assurance (...) qui, même à titre occasionnel, encaisse des fonds destinés à être versés soit à une entreprise d'assurance, soit à des assurés, ou qui a recours à un mandataire non agent chargé de transmettre ces fonds, doit souscrire une garantie financière spécialement affectée au remboursement de ces fonds aux assurés, sauf si ce mandataire peut justifier lui-même d'une telle garantie.

« Cette garantie ne peut résulter que d'un engagement de caution délivré par un établissement de crédit, une société de financement ou par une entreprise d'assurance régie par le présent code. (...) ».

[6] Art. 277 c. civ. : « […] le juge peut imposer à l'époux débiteur [d'une prestation compensatoire] de constituer un gage ou de donner une caution […] garantissant le paiement de la rente ou du capital ».

Si la condition imposée au débiteur n'est pas remplie, parce qu'il ne trouve personne qui accepte (gracieusement ou à titre onéreux) de lui rendre ce service, le débiteur potentiel ne deviendra pas contractant (ou perdra le bénéfice du contrat conclu, lequel sera donc résolu), ou devra payer immédiatement son obligation (en présence d'un contrat ponctuel) ou encore n'obtiendra pas un avantage (le débiteur, auteur de fraude fiscale, continuera d'être incarcéré, puisque sa demande de libération sera rejetée[1]). Les conséquences d'une condition imposée au débiteur mais non remplie montrent sans ambiguïté le caractère essentiel que présente le cautionnement pour l'obligation principale garantie.

101-1. La **lutte contre l'exclusion contractuelle** a pu conduire le législateur à prévoir des mécanismes de cautionnement destinés à garantir certains créanciers, comme les bailleurs, afin de les inciter à contracter avec des locataires aux revenus faibles. La garantie universelle des loyers (GUL) prévue par la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 dite « loi ALUR », la garantie des risques locatifs (GRL) et la caution locative étudiante (CLé) seront probablement coûteuses et lourdes à mettre en place : il faut abonder un fonds de garantie et il faudra trouver les ressources pour faire face aux déficits prévisibles.

L'obligation de fournir une garantie met sur le même plan assurance, cautionnement et autres garanties personnelles[2] (voire également délégation[3]), même si toutes ces techniques ne sont pas dotées de la même efficacité. L'objectif de protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur peut même conduire à interdire toute renonciation de sa part[4].

En ce domaine, la législation est excessivement complexe. Si un bailleur a souscrit une assurance le garantissant contre la perte de loyers, le cautionnement est nul[5].

102. Le cautionnement résulte normalement uniquement d'un **contrat explicite** convenu entre le créancier et la caution**.** Selon l'article 2294 c. civ.[6], « Le cautionnement

[1] Art. 2289 al. 2 c. civ. : « Lorsque la loi confère au juge le pouvoir de subordonner la satisfaction d'une demande à la fourniture d'un cautionnement, il est dit judiciaire. » La demande de libération conditionnelle est une demande.

[2] Voir : Civ. 1ère , 11 janvier 2017, n°15-28.301, Bull. ; D. 2017, somm., p. 168 : (abstrat) « Selon les articles 27, alinéa 2, de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, 207 et 208 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991, le barreau doit contracter une assurance au profit de qui il appartiendra, ou justifier d'une garantie affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus à l'occasion de l'exercice de leur activité professionnelle par les avocats qui en sont membres. »

[3] Art. 14 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : l'entrepreneur principal doit fournir un cautionnement (souscrit par un établissement financier) ou une délégation de paiement acceptée par le maître de l'ouvrage.

[4] Civ. 3e,14 septembre 2017, n°16-18.146, Bull. : (abstrat) « Les dispositions d'ordre public de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 interdis[e]nt toute renonciation ou remise conventionnelle par le sous-traitant à la caution »

[5] Voir, par exemple, art. 22-1 al. 1er de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 : « le cautionnement ne peut pas être demandé (loi n°2014-366 du 24 mars 2014) « à peine de nullité » par un bailleur qui a souscrit une assurance (loi n°2014-366 du 24 mars 2014) « ou toute autre forme de garantie » garantissant les obligations locatives du locataire. (…) Cette disposition ne s'applique pas au dépôt de garantie mentionné à l'article 22. » Le texte vise les assurances loyers impayés « souscrites » par le bailleur. A priori, le texte permet au bailleur d'obtenir cumulativement plusieurs garanties : le cautionnement obtenu de A et une lettre d'intention obtenue de B ne sont pas « souscrits ».

[6] Art. 2294 c. civ. : « Le cautionnement doit être exprès.

doit être exprès. » La caution doit s'engager explicitement ; sa volonté n'est ni induite, ni implicite, sauf exceptions.

Le *principe* est que la caution doit s'engager explicitement envers le créancier ou pour le compte du créancier. Dans ce dernier cas, il bénéficiera d'une stipulation pour autrui (dans le cadre du cautionnement dit légal[1]). L'hypothèse est prévue à l'article 2288 al. 2 c. civ. : « Il [le cautionnement] peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu. » Pour exercer leur activité professionnelle, certains professionnels doivent, en vertu d'une obligation légale, trouver une caution (solvable) avec laquelle ils contractent au nom et pour le compte de leurs clients (encore inconnus) : la technique de la stipulation pour autrui (art. 1205 à 1209 c. civ.[2]) est alors utilisée[3].

Exceptionnellement, en présence d'une disposition explicite de la loi, le cautionnement figure parmi les *suites d'un contrat* (art. 1194 c. civ.[4]).

– La société de personnes (société en nom collectif : art. L 221-1 c. com.[5]; société civile : art. 1857 et 1858 c. civ.[6]) impose aux associés de garantir sur leur patrimoine personnel le risque d'insolvabilité de la société, à raison de l'ensemble de ses engagements, de source contractuelle comme légale, envers les tiers : lorsqu'ils s'engagent (contrat de société), les associés se portent donc implicitement caution (sans avoir à souscrire le moindre contrat de cautionnement)[7].

« Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

[1] Art. 2289 c. civ. : « Lorsque la loi subordonne l'exercice d'un droit à la fourniture d'un cautionnement, il est dit légal.
« Lorsque la loi confère au juge le pouvoir de subordonner la satisfaction d'une demande à la fourniture d'un cautionnement, il est dit judiciaire. »

[2] Art. 1205 c. civ. : « On peut stipuler pour autrui.
« L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire.(...) ».

[3] *Droit du contrat*, n°806.

[4] Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

[5] Art. L 221-1 c com. : « Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales.
« Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire. »

[6] Art. 1857 c. civ. : « A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements.
« L'associé qui n'a apporté que son industrie est tenu comme celui dont la participation dans le capital social est la plus faible. »
Art. 1858 c. civ. : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale. »

[7] Voir : Stéphane Piedelièvre, Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement, Gaz. Pal. 1982. 1. Doctr. 85; Philippe Simler, *Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement*, JCP N 1987. 1. 199.

– En présence d'une cession de créance professionnelle (cession-Dailly, infra), le cédant (vendeur des créances) doit garantir le cessionnaire (acquéreur de la créance) contre le risque de défaillance du cédé (sous-débiteur), sauf stipulation contraire (art. 313-24 c. mon. et fin.[1]) : le cautionnement est donc un accessoire de la cession-Dailly. Il en va de même dans la lettre de change : si le tiré (sous-débiteur) est défaillant, le tireur (débiteur) doit garantir le paiement au bénéficiaire (créancier).

Certains contrats incluent donc un engagement implicite de cautionnement (au titre des suites du contrat : art. 1194 c. civ.[2]), soumis à un droit dérogatoire[3].

En dehors de ces exceptions, le contrat de cautionnement est exprès (art. 2294 al. 1er c. civ.[4]). Le cautionnement ne peut pas être découvert par interprétation ou par un comportement « purement volontaire »[5].

102-1. Le cautionnement **légalement imposé** (imposé sans contrat conclu par la caution) a existé. Selon Marc Bloch[6], le roi d'Angleterre, afin de garantir le paiement de l'impôt à des redevables enclins à la fuite, avait imposé une sorte de solidarité fiscale : le défaut de paiement de l'un (en fuite) était supporté par les autres, associés par la volonté du prince à la dette.

103. Le **risque transféré sur la caution** a vocation à demeurer provisoire, dans la mesure où la caution solvens (qui a payé le créancier) disposera d'une action en remboursement, normalement exercée contre le débiteur principal. Mais la liberté

[1] Art. L 313-24 c. mon. et fin. : « Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée.
« Sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement. »

[2] Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » Anc. art. 1135 c. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

[3] L'engagement implicite de cautionnement signifie uniquement que les cautions devront payer à la place du débiteur défaillant. Toutes les règles de formation (objet, consentement) et d'exécution (information) sont inapplicables, de même que la plupart des dispositions d'ordre public, protégeant notamment la caution personne physique (proportionnalité, informations …).

[4] Art. 2294 c. civ. : « Le cautionnement doit être exprès.
« Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

[5] Au sens de l'art. 1300 al. 1er c. civ. : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n°250

[6] Marc Bloch, *La société féodale* (1940), Albin Michel, p.377-378. : « À l'intérieur même de la seigneurie, le maître disposait, pour tenir ses sujets en main, d'une institution dont les précédents étaient sans doute anglo-saxons, mais que les premiers rois normands, soucieux d'une bonne police, avaient régularisée et développée. On l'appelait « frankpledge », ce qui veut dire cautionnement – entendez cautionnement mutuel – des hommes libres. Elle avait, en effet, pour objet d'établir, au profit de la répression, un vaste réseau de solidarité. Dans ce dessein, la population, sur presque tout le sol anglais, se trouvait répartie par sections de dix. Chaque « dizaine » était responsable, en son entier, de la comparution de ses membres en justice (…). »

contractuelle des parties peut prévoir des situations intermédiaires. Il faudra également prendre en compte l'influence du droit du surendettement.

La *liberté contractuelle* des parties peut conduire à prévoir différentes équations en cas de défaillance du débiteur.

- Le créancier peut craindre un défaut de paiement de la part de la caution. Un *contre-cautionnement* sera alors conclu. Selon l'article 2291 c. civ., « On peut se porter caution, envers le créancier, de la personne qui a cautionné le débiteur principal. » Si la caution A ne paie pas, la contre-caution B paiera. Le contre-cautionnement est une garantie supplémentaire pour le créancier.
- La caution peut exiger d'être garantie à raison de son recours en remboursement contre le débiteur : c'est un *sous-cautionnement*, prévu par l'article 2291-1 c. civ.[1]. Si la caution A doit payer, la sous-caution B remboursera immédiatement[2] et assumera donc le risque du recours en remboursement contre le débiteur[3]. Le sous-cautionnement est une garantie pour la caution A.

L'influence (occulte) exercée par le droit du surendettement sur le cautionnement s'exerce de différentes manières :

- le *droit de gage général* de tout créancier envers une personne physique est limité, y compris en présence d'un cautionnement. Tout créancier sait qu'il ne pourra pas priver une personne physique d'un minimum de ressources. L'article 2307 c. civ. (en droit du cautionnement) rappelle la solution : « L'action du créancier ne peut avoir pour effet de priver la caution personne physique du minimum de ressources fixé à l'article L. 731-2 du code de la consommation[4]. »

[1] Art. 2291-1 c. civ. : « Le sous-cautionnement est le contrat par lequel une personne s'oblige envers la caution à lui payer ce que peut lui devoir le débiteur à raison du cautionnement. »

[2] Com., 9 octobre 2024, n° 22-18.093 (n° 541 FS-B) ; D. 2024 p.2149 : « L'obligation de la sous-caution a pour objet de garantir la caution, non pas contre le risque auquel cette dernière est exposée de devoir payer le créancier à la place du débiteur principal défaillant, mais contre celui de ne pas pouvoir obtenir du débiteur principal le remboursement des sommes qu'elle a payées pour son compte en exécution de son propre engagement. »; Com. 2 avr. 2025, n° 23-22.311 , D. 2025. 1043, note S. Cacioppo ; RCJPP 2025, n° 03, p. 52, obs. C. Pastor ; RTD civ. 2025. 375, obs. C. Gijsbers ; JCP E 2025. Actu. 339, et 1234, note J.-D. Pellier ; Defrénois 5 juin 2025, n° DEF226b7, obs. S. Cabrillac ; Lexbase Affaires 17 avr. 2025, n° 822, note M. Dols-Magneville ; RPDA avr. 2025, n° RDA100j3, obs. T. Duchesne ; D. actu. 8 avr. 2025, obs. C. Hélaine ; RDBF 2025. Comm. 66, obs. D. Legeais ; JCP 2025. Actu. 823, note D. Negre ; LEDC mai 2025, n° DCO202x5, obs. M. Zaffagnini : « La sous-caution ne garantit pas la dette du débiteur principal envers le créancier, mais la dette de remboursement du débiteur principal envers la caution qui a payé à sa place le créancier ».

[3] Sur la nullité du (sous-)cautionnement souscrit par des dirigeants de société envers l'organisme chargé de leur fournir une garantie financière, pour irrespect de la mention manuscrite : Com., 27 septembre 2017, n°15-24.895, Bull.

[4] Art. 731-2 c. conso. : « La part des ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage ne peut être inférieure, pour le ménage en cause, au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles. Elle intègre le montant des dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé. Les conditions de prise en compte et d'appréciation de ces dépenses par le règlement intérieur de chaque commission sont précisées par la voie réglementaire.

La caution, personne physique, peut demander la protection du droit du surendettement, même en présence d'une dette professionnelle[1]. La caution, personne physique, sera alors tenue pour une durée maximale de sept ans ;

– le recours en remboursement exercé par une caution, personne physique, est maintenu, même lorsque le débiteur surendetté bénéficie du « rétablissement personnel » : l'extinction du passif est exclue en présence de dettes payées par la caution personne physique. En revanche, en présence d'une *dette professionnelle*, fréquemment d'un montant important, la caution perdra tout recours effectif contre le débiteur professionnel : la société de capitaux est dissoute et la liquidation judiciaire apure le passif professionnel.

Lorsque le risque de défaillance du débiteur se matérialise, la fiabilité du cautionnement donne lieu à des solutions devenues plus complexes avec le temps. La protection octroyée au débiteur et à la caution, dans le cadre du droit de la faillite, a conduit à *dévaluer le titre* que représente le cautionnement :

– entre les années 1990 et 2020, le législateur est intervenu en droit catégoriel, et plus précisément dans le code de la consommation. En présence d'un créancier professionnel et d'une caution, personne physique, des exigences particulières ont émergé (notamment avec les mentions manuscrites et les devoirs d'information). L'ordonnance du 15 septembre 2021 a abrogé les dispositions figurant dans le code de la consommation.

– Mais l'ordonnance du 15 septembre 2021 a réintégré tout ou partie de ces dispositions (parfois modifiées) dans le code civil. Au sein des articles 2288 à 2320 c. civ., certaines dispositions traitent du contrat conclu entre une caution (quelconque) et un créancier (quelconque) ; mais d'autres traitent uniquement des créanciers professionnels en relation avec certaines cautions (personnes physiques, notamment). Les anciennes solutions ponctuelles prévues dans le code de la consommation sont parfois abrogées, maintenues ou durcies.

104. En droit positif du cautionnement (issu de l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021[2]), le cautionnement apparaît comme un contrat spécial soumis à des

« En vue d'éviter la cession de la résidence principale, le montant des remboursements peut, avec l'accord du débiteur et dans des limites raisonnables, excéder la somme calculée par référence à la quotité saisissable du salaire telle qu'elle résulte des dispositions des articles L. 3252-2 et L. 3252-3 du code du travail. »

[1] Art. 711-1 c. conso. permet à la caution, personne physique, d'obtenir la protection du surendettement, lorsqu'elle couvre la dette d'un professionnel.

[2] L'art. 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises avait autorisé le gouvernement à réformer le droit du cautionnement par ordonnance : « 1°/ réformer le droit du

dispositions impératives que le créancier (notamment professionnel) devra respecter s'il veut obtenir une garantie efficace et qui le reste.

Lors de la *conclusion du contrat de cautionnement*, le créancier veillera à ce que la caution s'engage valablement, afin que son titre ne soit pas vicié. Le créancier (professionnel, notamment) est confronté à des risques juridiques spécifiques (mention manuscrite, proportionnalité) qui peuvent lui faire perdre sa garantie.

Lors de l'*exécution* par le débiteur de son obligation ou en cas d'inexécution de sa part, le créancier professionnel devra éviter certains écueils spécifiques, en veillant notamment à délivrer certaines informations à certaines cautions, faute de quoi il subira des déchéances. Le créancier ne pourra pas réclamer tout ou partie de la somme promise par la caution.

Les dispositions d'ordre public qui régissent le cautionnement imposent donc au créancier d'avoir une connaissance précise de la législation qui figure désormais (pour l'essentiel) dans le code civil. Le créancier doit s'assurer de la formation correcte du contrat de cautionnement (section 1ère) ; lors de la période d'exécution de l'obligation principale (section 2ème), le créancier devra veiller au maintien de la force obligatoire de son titre.

cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique ».

section 1ère

La formation du cautionnement

Résumé

La **formation du contrat de cautionnement** impose classiquement aux parties de déterminer son objet et d'échanger les consentements.

L'*objet du contrat de cautionnement* précisera les obligations essentielles auxquelles la caution s'engage unilatéralement envers le créancier.

- Les dettes couvertes par la caution (obligation de couverture) et le montant que le créancier pourra lui réclamer (obligation de règlement) doivent faire l'objet de clauses explicites. C'est la double limite des obligations de la caution. Le créancier professionnel veillera spécialement à ce que l'obligation de règlement de la caution (personne physique) soit proportionnée à ses biens et revenus.
- Les autres obligations seront supplétives de volonté. Sauf clause contraire, le cautionnement est simple, ce qui signifie que le créancier assume la charge de l'exécution forcée. La caution couvre les restitutions consécutives à l'annulation du contrat principal. Le silence du contrat n'impose pas au créancier de prendre une sûreté réelle sur le débiteur ; mais certains événements (fusion …) conduisent à faire cesser l'obligation de couverture de la caution pour l'avenir.

Le *consentement* au contrat de cautionnement suppose de respecter certaines règles relatives notamment au pouvoir. Si un époux (marié sous un régime communautaire) s'engage seul dans un cautionnement, le créancier ne pourra saisir que ses revenus et ses propres.

- Le consentement de la caution, personne physique, s'exprime par une mention manuscrite (ou électronique), règle de forme : l'irrespect de la forme rend le cautionnement nul. Le contenu de la mention manuscrite décrit l'opération (de cautionnement) et fixe le montant de l'obligation de règlement. Un créancier quelconque doit obtenir le respect de ces exigences.
- La caution peut invoquer un vice du consentement, lorsqu'elle croit garantir un risque d'impayé, alors que la défaillance du débiteur est déjà certaine. Toutefois, seule la caution dite « vrai tiers », étrangère au débiteur, peut invoquer cette erreur, lorsque le créancier connaît la situation déjà désespérée du débiteur et omet d'en informer la caution.
- Le créancier professionnel doit également mettre en garde la caution personne physique, quand l'opération garantie présente un risque important de défaillance du débiteur.

La formation du contrat de cautionnement, telle qu'elle est prévue dans le code civil, n'a donc pas fait disparaître les obligations pesant spécifiquement sur les créanciers professionnels envers les cautions personnes physiques. Certaines se sont renforcées (devoir de mise en garde, proportionnalité), d'autres se sont réduites (mention manuscrite, cautionnement à durée indéterminée).

105. La **formation du contrat de cautionnement** obéit aux règles de droit commun, adaptées aux spécificités de ce contrat spécial. L'objet de ce contrat unilatéral sera suffisamment précis quand les obligations essentielles de la caution seront identifiées. Le créancier sera attentif à obtenir un consentement valide de la caution, notamment quand elle est une personne physique.

L'*objet suffisamment déterminé du contrat de cautionnement* sera fixé quand la caution identifie l'essentiel, à savoir l'obligation garantie et la somme maximale que le créancier pourra lui réclamer. L'équation contractuelle sera alors suffisamment précise ; les autres obligations iront de soi. Le caractère exprès du cautionnement (art. 2294 c. civ.[1]) n'interdit donc pas des sous-entendus, solution communément admise en droit du contrat et en droit des contrats spéciaux.

Le *consentement des parties* au contrat de cautionnement présente une spécificité car la caution s'engage unilatéralement envers le créancier. Lors de son acceptation, le créancier veillera, pour obtenir un consentement valide de la part de la caution, au respect d'exigences générales (valant pour toutes les cautions) ou plus précises (envers les cautions personnes physiques).

Les dispositions centrées sur l'objet et sur le consentement interagissent : l'expression du consentement d'une caution personne physique impose de respecter une règle de forme, à savoir le chiffrage du montant maximal que le créancier peut lui réclamer. Cette exigence centrée sur le consentement (§2ème) implique une conséquence de fond sur l'objet du cautionnement (§1er).

§1er/ L'objet du cautionnement : *les obligations de la caution*

106. L'**objet du cautionnement** sera fixé de manière suffisamment précise par des clauses explicites par lesquelles une caution s'engage unilatéralement envers le créancier à lui payer un certain montant dans l'hypothèse où le débiteur serait l'auteur d'une inexécution de son obligation envers le créancier. Cet engagement explicite de la contient également des suites induites.

Le contrat de cautionnement aura donc un objet suffisamment précis quand il contient deux clauses essentielles, qui devront être explicites. Pour le reste, le silence du contrat

[1] Art. 2294 c. civ. : « Le cautionnement doit être exprès.
« Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

de cautionnement signifiera que la caution est également tenue à des suites « que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1194 c. civ.[1]). Et, effectivement, la loi prévoit des suites tacitement sous-entendues, sauf à les écarter par une clause explicite.

Si la caution, voire le créancier, nourrissent des attentes contractuelles spécifiques, elles devront faire l'objet de clauses explicites pour entrer dans le champ contractuel. Cela étant dit, ces clauses n'ont pas pour fonction de rendre le contrat de cautionnement anormal : comme en droit du contrat (avec les clauses abusives[2] : art. 1171 c. civ.[3]), le droit du cautionnement prévoit également que certaines clauses (secondaires) seront réputées non écrites.

Les mentions contenues dans le contrat de cautionnement conduiront donc à distinguer, comme dans tout contrat, entre les clauses nécessaires parce qu'elles fixent les obligations essentielles de la caution (I), les clauses sous-entendues (II) en présence de dispositions supplétives de volonté et les clauses réputées non écrites (III), en présence de clauses probablement abusives.

I/ Les obligations essentielles de la caution : *la règle de la double limite*

107. Les **obligations essentielles de la caution** seront fixées par des clauses destinées à rendre l'objet du contrat de cautionnement suffisamment déterminable (art. 1163 c. civ.[4]). Le caractère essentiel de ces clauses signifie que si l'une d'elles manque ou est trop imprécise, le cautionnement n'est pas formé : il manque un détail essentiel.

Ces clauses explicites identifieront les dettes garanties (obligation de couverture) et le montant que la caution acceptera de payer (obligation de règlement). Ces deux obligations formeront la *double limite de l'engagement de la caution*[5] (schéma 2.2).

[1] Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

[2] *Droit du contrat*, n°535 et suiv.

[3] Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

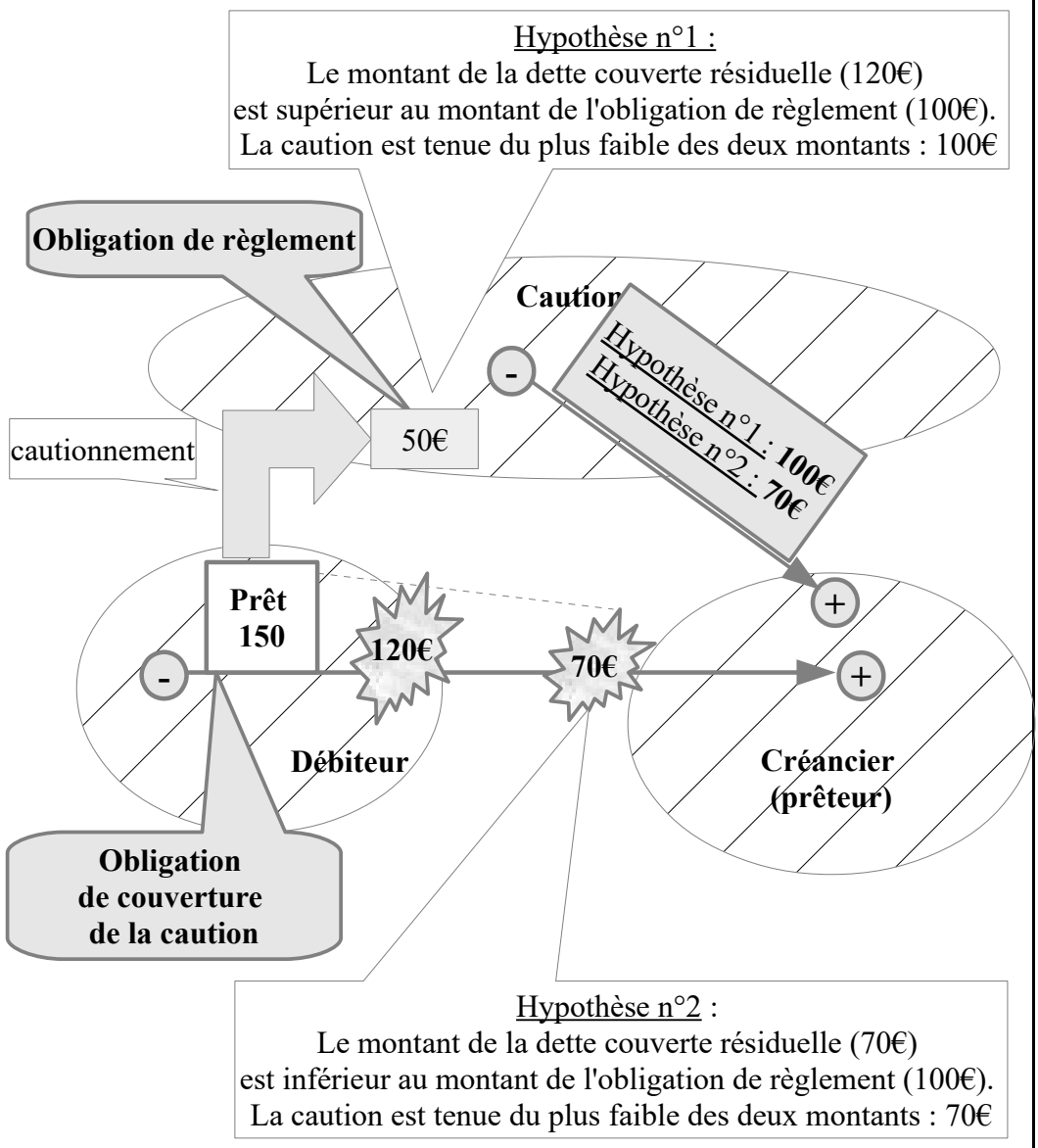
[4] Art. 1163 c. civ. : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.(...) »

[5] Civ. 1ère, 18 février 1997, n°95-11.024, Bull. n°62 : (abstrat) « Une caution ne pouvant devoir plus que ce que doit le débiteur principal, une cour d'appel ne peut condamner une caution sans rechercher quelle est la somme que le débiteur reste devoir. » Si le montant restant dû par le débiteur est de 10.000€ et que l'obligation de règlement de la caution est de 20.000€, la caution ne paie que 10.000€.

Schéma 2.2

La règle de la double limite dans le cautionnement



– La caution n'est pas tenue au-delà de la part inexécutée de la dette couverte : si la caution garantit l'emprunt de 100.000€ contracté par le débiteur, et qu'il en a remboursé 30.000€, le créancier ne pourra réclamer au plus que le solde restant dû, soit 70.000€.

– La caution n'est pas tenue au-delà du montant pour lequel elle s'engage : si la caution limite à 30.000€ son obligation de règlement, elle ne paiera rien de plus, même si le débiteur est défaillant pour une somme supérieure.

Les deux clauses essentielles que la caution doit préciser forment l'objet du cautionnement : la caution s'engage envers le créancier à lui payer *le plus faible des deux montants* que représentent l'obligation couverte (1) encore due par le débiteur et l'obligation de règlement (2).

1/ L'obligation de couverture : *les dettes garanties par la caution*

108. L'**obligation de couverture** identifie la dette ou l'ensemble des dettes que la caution garantit. Selon l'article 2292 c. civ., « Le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables. » L'obligation de couverture de la caution, fixée par une clause explicite du contrat, sera alors suffisamment déterminable.

En application du principe de la *liberté contractuelle reconnue aux contractants,* la caution peut couvrir une obligation quelconque, identifiable par son objet (une dette locative) ou par l'identité des parties (débiteur et créancier). Depuis 2021, la liberté contractuelle est redevenue étendue en la matière.

Mais il existe une *limite d'ordre public* : en présence d'un cautionnement, la caution ne peut garantir qu'une dette bonne et loyale, ce que précise l'article 2293 al. 1er c. civ.[1] : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. »

L'obligation de couverture de la caution, première clause essentielle que doit préciser le contrat de cautionnement, porte donc sur une dette quelconque (a), à la condition qu'elle soit valide (b).

a/ La couverture d'une dette quelconque : *l'étendue de la liberté contractuelle*

109. La **couverture d'une dette quelconque** par la caution, dès lors qu'elle est suffisamment identifiable (art. 2292 c. civ.[2]), illustre l'étendue de la liberté contractuelle dont disposent à nouveau les parties (créancier et caution), depuis 2021[3].

[1] Art. 2293 c. civ. : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
« Néanmoins, celui qui se porte caution d'une personne physique dont il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter est tenu de son engagement. »

[2] Art. 2292 c. civ. : « Le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables. »

[3] Les anciennes limitations prévues imposées en droit de la consommation par le biais de la mention manuscrite (durée déterminée) ont disparu. Art. 32 ord. n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés :

110. L'**étendue de la liberté contractuelle** reconnue aux parties permet à la caution, par un contrat unique, de couvrir n'importe quelle dette pesant sur le débiteur : une dette ponctuelle ou un ensemble de dettes, née ou à naître au cours d'une durée déterminée ou non, de manière conditionnelle ou certaine. Toute dette dont est, sera ou serait tenu le débiteur est donc "éligible" à la garantie de la caution.

Selon l'article 2292 c. civ., « Le cautionnement peut garantir *une ou plusieurs obligations* (...) ».

- Lorsque la caution couvre une dette ponctuelle (tel crédit remboursable sur trente ans, le solde d'un compte bancaire), le cautionnement est qualifié de particulier.
- Lorsque la caution couvre un ensemble de dettes (à savoir toutes les dettes que tel débiteur devra au banquier), le cautionnement est qualifié de général.

Toujours selon l'article 2292 c. civ., ces obligations couvertes par la caution peuvent être « présentes ou futures », et même conditionnelles. La dette garantie sera présente quand le crédit vient d'être octroyé (ou est sur le point de l'être) ; elle sera future (à raison des crédits qu'une banque consentira à une société[1]) ou purement éventuelle (à raison du solde, éventuellement débiteur, du compte bancaire quand le compte sera clôturé[2] ; ou à raison de l'appel en garantie exercé dans le cadre d'un sous-cautionnement).

La caution peut ainsi couvrir des dettes générales et futures et s'*engager à durée indéterminée* : par un contrat unique, un dirigeant de sarl peut engager son patrimoine personnel pour toute dette professionnelle, née et à naître, envers telle banque. Il en va de même lorsque le cautionnement figure parmi les suites d'un autre contrat : dans les sociétés de personnes (société en nom collectif), les associés couvrent des dettes générales (indéterminées : envers tout créancier) et à durée indéterminée.

« I- Le code de la consommation est ainsi modifié : 2° Le titre III du livre III est abrogé »

[1] Le cautionnement de dettes futures est valable : art. 1163 c. civ. (« L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. »).

[2] Com. 13 déc. 2016, n° 14-16.037, D. 2017. 5 ; Pierre Crocq, *Chronique de droit des sûretés août 2016 - août 2017*, D. 2017. 1996 ; RTD civ. 2017. 196, obs. P. Crocq ; Dr. et patr. mai 2017. 92, obs. A. Aynès ; Rev. proc. coll. 2017. Comm. 27, obs. C. Gijbers, et 64, obs. F. Reille ; Gaz. Pal. 21 févr. 2017, p. 32, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Act. proc. coll. 2017. 30, obs. F. Petit ; Banque et Droit mars-avr. 2017. 33, obs. T. Bonneau : « « le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte est immédiatement exigible de la caution ».

111. Une obligation quelconque peut donc être couverte par la caution. Mais il faut que cette obligation reste **suffisamment déterminable**, à la fois par son objet et par l'identité des parties.

L'*objet de l'obligation couverte* par la caution doit être suffisamment explicite pour répondre aux exigences de l'article 2294 c. civ.[1] : l'engagement de la caution « *ne peut être étendu au-delà des limites* dans lesquelles il a été contracté. »

- Lorsque la caution couvre les dettes du locataire, engagé dans un contrat à durée déterminée (3 ans), la caution n'est plus tenue lorsque le contrat de bail donne lieu à renouvellement par tacite reconduction (Com., 9 avril 2013[2]). Les dettes nées après la prorogation du contrat ne sont pas couvertes, sauf clause explicite contraire.
- Si la caution couvre les dettes locatives, et que le locataire reste dans les lieux après l'expiration du bail, la caution ne couvre pas l'indemnité d'occupation due par le locataire indélicat (Civ. 1ère, 15 décembre 1998[3]), là encore sauf clause contraire.

L'*identité des parties* permet de rendre l'obligation couverte suffisamment déterminable, en identifiant spécifiquement le débiteur et l'objet de sa dette (mais pas le créancier) ou en identifiant le débiteur et le créancier (mais pas l'objet de la dette).

- L'obligation couverte par la caution sera suffisamment précise quand l'*identité du débiteur* est précisée dans le contrat de cautionnement, éventuellement par renvoi au contrat principal : le contrat de cautionnement mentionne « l'emprunteur » et renvoie au contrat de prêt dans lequel la dénomination sociale (personne morale) ou le patronyme (personne physique) est mentionné. L'objet de l'obligation (tel prêt) et l'identité du débiteur rend l'obligation couverte identifiable.
- L'ensemble des obligations couvertes par la caution sera suffisamment déterminé par l'identité du débiteur et du créancier : la caution couvre alors toutes les dettes futures à raison des sommes dues (quel que soit leur objet : prêt,

[1] Art. 2294 c. civ. : « Le cautionnement doit être exprès.
« Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »
[2] Com., 9 avril 2013, n°12-18.019, Bull. n°56 ; Revue Lamy droit civil, 2013, n°5122, p.36, note Gaëlle Marraud des Grottes : « la caution qui garantit l'exécution d'un contrat à durée déterminée n'est pas tenue de la prorogation des relations contractuelles, dès lors que celle-ci donne naissance à des obligations nouvelles que la caution n'a pas garanties, faute de s'y être engagée dans le contrat de cautionnement initial ou dans les avenants successifs. »
[3] Civ. 1ère, 15 décembre 1998, n°96-20.604, Bull. n°360

recours en remboursement, découverts bancaires, frais …) à telle banque par tel débiteur (la sarl que la caution dirige, le plus souvent).

Dès lors que l'obligation couverte est suffisamment déterminable par son objet (précis ou général) ou par l'identité des parties à l'obligation principale (tel débiteur tenu envers un créancier), l'engagement de la caution est suffisamment précis. À défaut de précision suffisante, il manquerait un élément essentiel, rendant le cautionnement nul faute d'objet suffisamment précis. Une autre condition doit être remplie.

b/ L'exigence d'une dette valide

112. L'**exigence d'une dette valide** pesant sur le débiteur figure à l'article 2293 al. 1er c. civ.[1] : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. » La caution ne peut couvrir qu'une dette bonne et loyale. Cette disposition impérative donne lieu à des précisions légales dont toutes ne vont pas soi.

L'exigence d'une *obligation valable pesant sur le débiteur* ne vaut qu'en droit du cautionnement. Si le créancier et la caution conviennent d'une autre sûreté personnelle (notamment d'une délégation, technique issue du régime général de l'obligation, ou d'une garantie autonome), la caution pourra valablement renoncer à l'opposabilité des exceptions. Le domaine d'application de l'ordre public est donc restreint au cautionnement.

La conséquence figure à l'article 2298 c. civ.[2] : les *exceptions que la caution peut opposer au créancier* sont, dans l'ensemble, identiques à celles que le débiteur peut opposer au créancier (art. 2298 c. civ.). La solution ne va pas de soi : cette nouveauté introduite par l'ordonnance de 2021 conduit à détruire la distinction classique entre exceptions inhérentes à la dette ou purement personnelles.

– désormais, en principe, toute exception opposable par le débiteur l'est également par la caution.

– Mais l'ordonnance de 2021 a établi des exceptions à son principe, notamment quand le débiteur bénéficie d'une protection en raison de sa

[1] Art. 2293 c. civ. : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
« Néanmoins, celui qui se porte caution d'une personne physique dont il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter est tenu de son engagement. »

[2] Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.
« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

défaillance. Il s'ensuit que *certaines exceptions restent purement personnelles* au débiteur et ne peuvent donc être invoquées par la caution.

En droit du cautionnement, l'ordre public impose donc que l'obligation cautionnée soit valide ; en principe, la caution peut opposer toute exception à disposition du débiteur, sauf exceptions.

113. En principe, l'exigence d'une dette valide pesant sur le débiteur signifie que la caution n'est tenue que dans la mesure où et si le débiteur est tenu envers le créancier.

La première conséquence qu'en tire l'article 2296 c. civ. est que *l'obligation de couverture de la caution est réductible*. Selon l'article 2296 c. civ.[1] : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie. »

– Si le débiteur a payé une partie de la dette couverte par la caution, cette dernière ne sera tenue que pour la partie manquante. Le locataire n'a payé que le 1/3 de son loyer ; l'obligation de couverture de la caution ne s'appliquera aux 2/3 manquants.

– Si le débiteur ne doit pas les frais, la caution ne les doit pas non plus. On sait que les frais de poursuite sont à la charge du créancier[2] (sauf si une clause pénale prévoit que les frais de recouvrement seront à la charge du débiteur[3])[4].

– La caution ne peut pas s'engager envers le créancier à payer des frais qui ne seraient pas dus par le débiteur. Une clause pénale (figurant uniquement dans le contrat de cautionnement) prévoyant que toute inexécution du débiteur imposerait (spécifiquement) à la caution de verser un forfait est donc contraire à

[1] Art. 2296 c. civ. : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie.
« Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. »

[2] Civ. 1ère, 10 avril 2019, n°17-13.307, Bull. ; RGDA 2019, 116p8, note James Mandel : (abstrat) « Viole l'article 1382, devenu 1240 du code civil, ensemble l'article 700 du code de procédure civile, le tribunal qui alloue des dommages-intérêts au titre des frais occasionnés par la procédure engagée, alors que de tels frais ne constituent pas un préjudice réparable et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. »

[3] Com., 4 mai 2017, n°15-19.141, Bull. ; D. 2017 p.972 ; RD bancaire et financier 2017, comm. 111, note Dominique Legeais, et 133, note Caroline Houin-Bressand ; revue Droit et procédures, juin 2017, p. 107, note Olivier Salati ; JCP E 2017.II.1405, note Jérôme Lasserre Capdeville : « (…) si, pour parvenir au recouvrement de sa créance, le prêteur a recours à un mandataire de justice ou exerce des poursuites ou produit à un ordre, l'emprunteur s'oblige à payer, outre les dépens mis à sa charge, une indemnité forfaitaire de 7 % calculée sur le montant des sommes exigibles avec un montant minimum de 2 000 €. Ayant retenu que cette indemnité était stipulée à la fois comme un moyen de contraindre l'emprunteur à l'exécution spontanée, moins coûteuse pour lui, et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le prêteur du fait de l'obligation d'engager une procédure, la cour d'appel en a exactement déduit que la clause prévoyant cette indemnité devait être qualifiée de clause pénale. »

[4] *Régime général de l'obligation*, n°809.

l'ordre public du cautionnement (mais non à l'ordre public d'autres sûretés personnelles, comme la lettre d'intention ou la promesse de porte-fort : infra).

L'obligation de couverture de la caution s'applique à l'obligation que doit effectivement le débiteur : c'est la mesure de l'engagement de la caution.

La deuxième conséquence du caractère valide de la dette concerne l'*opposabilité des exceptions*. Selon l'article 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur ». Depuis 2021, la caution bénéficie d'une opposabilité large des exceptions. Il s'ensuit que :

– Si le débiteur peut opposer au créancier un vice de formation de l'obligation principale, la caution peut également l'invoquer, que ce vice soit source de nullité relative ou absolue. La caution refusera donc de remplacer le débiteur quand il a souscrit une obligation contractée par erreur, dol ou violence (solution infirmant la jurisprudence antérieure à 2021[1]). La caution pourra pareillement invoquer la clause abusive (réputée non écrite : art. 1171 c. civ.) ou le caractère manifestement excessif de la clause pénale convenue entre le débiteur et le créancier.

– La caution invoquera aussi bien la prescription extinctive (exception en principe inhérente à la dette : art. 2219 c. civ.[2]) que la forclusion de créance pour défaut de déclaration au passif du débiteur en faillite (exception purement personnelle). La solution adoptée en 2021 invalide la jurisprudence qui avait décidé que la prescription biennale opposée par le consommateur à l'action en paiement du professionnel (art. L 218-2 c. conso.[3]) était une protection purement personnelle que la caution ne pouvait invoquer (Civ. 1ère, 11 déc. 2019[4]).

---

[1] Mixte, 8 juin 2007, n°03-15.602, Bull. ch. mixte, n°5 ; D. 2008, p.514, note L. Andreu ; D. 2007, p.1782, obs. V. Avena-Robardet, et p.2201, note D. Houtcieff ; D. 2008, p.871, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; D. 2008. 2104, obs. P. Crocq ; AJDI 2008. 699, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2008. 331, obs. P. Crocq ; RTD com. 2007. 585, obs. D. Legeais, et 835, obs. A. Martin-Serf ; RLDC sept. 2007. 25, note L. Aynès ; JCP 2007.II.10138, note P. Simler. Selon l'arrêt la caution « n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle » ; Com., 3 juin 2009, n°08-13.613, Bull. n°72 : l'entrepreneur individuel peut seul invoquer la nullité relative du contrat, et non la caution.

[2] Art. 2219 c. civ. : « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. » Voir : *Régime général des obligations*, n°605 et suiv.

[3] Art. L 218-2 c. conso. : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. »

[4] Civ. 1ère, 11 décembre 2019, n°18-16.147, Bull. ; D. 2019 p. 2404 ; D. 2020 p.523, note Marie Nicolle : (abstrat) «[...] constitue une exception purement personnelle au débiteur principal, procédant de sa qualité de consommateur auquel un professionnel a fourni un service, la prescription biennale prévue à l'article L. 218-2 du code de la consommation [laquelle] ne pouvait être opposée au créancier par la caution. » Voir : *Régime général des obligations*, n°615 et suiv.

– La caution invoquera l'exception d'inexécution (art. 1219 c. civ.[1]) que peut opposer le débiteur contractant qui n'obtient pas une contrepartie correctement exécutée, tout comme l'exception d'annulation[2] ou de résolution. Dans tous ces cas, le transfert de valeur n'a plus à avoir lieu. De même, l'exception de compensation (art. 1377 c. civ.[3]) que le débiteur peut opposer au créancier sera opposée par la caution (par exemple, en cas de manquement du créancier à son devoir de conseil envers le débiteur[4]). Dans tous ces cas, l'exception (attachée à la prestation) détruit ou réduit objectivement la dette : ni le débiteur, ni la caution ne sont tenus envers le créancier.

L'ordre public applicable au cautionnement, imposant le caractère réductible du cautionnement et l'opposabilité des exceptions par la caution, permet d'identifier la logique économique du cautionnement : le créancier attend principalement que le véritable débiteur paye ce qu'il doit (que le locataire verse son loyer ou que l'emprunteur rembourse l'échéance du prêt) ; il n'y a aucune raison d'appeler la caution, si le loyer est payé ou n'est pas dû (parce que le bail est résilié, l'immeuble est détruit …). La caution couvre une dette bonne et loyale inexécutée.

114. Par **exception** (qui suppose un texte), la caution devra payer le créancier alors même que le débiteur n'est (juridiquement parlant) pas tenu ou défaillant. Certaines exceptions demeurent purement personnelles au débiteur : elles ne peuvent pas être invoquées par la caution. Deux exceptions sont prévues, en présence d'une obligation invalide ou non exigible :

– La première est prévue à l'article 2293 al. 2 c. civ. : « Néanmoins, celui qui se porte caution d'une personne physique dont il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter est tenu de son engagement. » Si un mineur (ou un majeur en curatelle) se porte acquéreur d'un logement d'habitation, le vendeur hésitera à contracter : s'il doit recourir à l'exécution forcée pour obtenir le versement du prix, le mineur poursuivi (par le biais de son représentant légal) peut décider de

[1] Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. » Voir : *Droit du contrat*, n°905 et suiv.

[2] Contrairement à l'exception de nullité (parfois inhérente à la dette, parfois purement personnelle), l'exception d'annulation est systématiquement inhérente à la dette : lorsque l'annulation du contrat est acquise (par voie d'exception ou par voie d'action), la prestation n'a plus à être transférée.

[3] Art. 1347 c. civ., « La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes. » Voir : *Régime général des obligations*, n°577 et suiv.

[4] Com., 5 nov. 2013, n°11-25.111, JCP G 2014. Doctr. 635, obs. P. Simler : la caution peut opposer au créancier un manquement à son devoir de conseil à l'égard du débiteur principal ; Com., 18 mars 2014, n°12-29.583, D. 2014, p. 772 ; JCP G 2014. Doctr. 635, obs. P. Simler : la caution invoque une rupture abusive de crédit.

faire annuler le contrat. Pour sécuriser la transaction, le représentant légal du mineur se porte caution : même si le mineur se prévaut du vice de minorité, le représentant légal paiera le prix convenu. Correctement exécuté, le contrat ne sera donc pas contesté par le mineur. La caution, en connaissance de cause, renonce quand elle s'engage à invoquer le vice de minorité : la caution couvre le créancier contre le risque de contestation de l'obligation. Le domaine d'application de cette exception d'incapacité (et spécialement de minorité) ne vaut que pour une personne physique : les actes faits par une société en formation (non dotée de la personnalité juridique) sont réalisés par un incapable ; un futur dirigeant qui se porterait caution pourra invoquer le principe, à savoir l'incapacité de la société. Cette première exception (traditionnelle, mais devenue superflue) est étroite.

– La seconde exception, prévue à l'article 2298 al. 2 c. civ., possède un domaine d'application plus étendu : « Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. » En régime général des obligations, les mesures qui s'expliquent par les difficultés personnelles que traverse le débiteur (délai de grâce, faillite, remise judiciaire de dette, terme octroyé au débiteur) et qui ont pour résultat de réduire la dette ou de permettre son rééchelonnement sont adoptées parce que le débiteur est (en réalité, mais pas en droit) défaillant. La caution ne peut pas les invoquer (infra n°210) : l'exception instaurée à l'article 2298 al. 2 c. civ. peut apparaître comme formelle.

En *droit du cautionnement*, la caution doit exceptionnellement payer une dette invalide ou non exigible. Lorsque la caution garantit le créancier contre le risque de contestation de la dette (art. 2293 al. 2 c. civ.), le cautionnement (sur un point isolé) se transforme en un mécanisme similaire à la délégation ou au porte-fort d'exécution (infra) : l'exception existe, mais elle est superflue[1]. L'exception établie par l'article 2298 al. 2 n'est que formelle, lorsque la caution doit payer, à l'échéance initialement convenue, une dette dont l'échéance a été modifiée (par une décision judiciaire). Les deux exceptions prévues sont donc superflue pour l'une et formelle pour l'autre.

[1] L'exception établie à l'article 2293 al. 2 c. civ. aurait pu être abrogée en 2021, dans la mesure où celui qui veut garantir une dette annulable peut recourir à d'autres garanties comme le porte-fort d'exécution ou la garantie autonome (art. 2321 c. civ.). Infra, n°401 et suiv.

114-1. La **distinction** entre exceptions que la caution peut invoquer au même titre que le débiteur et celles que seul le débiteur peut invoquer est ancienne (puisqu'elle apparaît dès les travaux préparatoires du code civil de 1804[1]) mais elle donne lieu à une législation instable qui persistera après 2021.

La distinction entre exceptions inhérente à la dette et purement personnelle apparaît en régime général des obligations, notamment à propos de l'obligation solidaire (art. 1315 c. civ.[2]). Cette distinction ne recoupe pas celle applicable en droit du cautionnement. Lorsqu'une caution garantit les dettes d'un seul des codébiteurs solidaires, il faudra donc utiliser ces deux strates de législation : la caution poursuivie par le créancier à raison de l'inexécution d'un codébiteur solidaire invoquera les exceptions inhérentes à la dette (que peut invoquer le débiteur), mais pas les exceptions personnelles au codébiteur poursuivi (alors qu'elle pourrait les invoquer si le codébiteur qu'elle garantit était poursuivi).

La jurisprudence, après 2021, précisera si elle considère que le régime applicable à la *forclusion pour défaut de déclaration au passif du débiteur* (prescription abrégée « dont le but est de permettre une connaissance rapide du passif »[3]) entre ou non[4] dans le cadre de l'article 2298 al. 2 c. civ., éventuellement en sous-distinguant entre ceux qui n'auront pas déclaré une créance par ailleurs valide, ceux qui n'auront pas déclaré une créance qui n'aurait pas été admise et ceux qui n'auront pas respecté la procédure de vérification des créances.

Le décès d'un débiteur dont la succession fait l'objet d'une *acceptation à concurrence de l'actif net* impose aux créanciers de déclarer leurs créances dans un délai de quinze mois (art. 792 al. 2 c. civ.[5]). Une disposition spéciale (art. 792 al. 2 c. civ.) précise que tout garant personnel est libéré en cas de forclusion de créance[6] : « Cette disposition bénéficie également aux cautions et

---

[1] Treilhard, *Présentation au corps législatif*, in Fenet, tome XV, p. 38 : « Un cautionnement est l'accessoire d'une obligation principale : il ne peut donc pas exister de cautionnement quand il n'existe pas une première obligation à laquelle le cautionnement se rattache. / Une obligation contractée contre la défense de la loi, surprise par dol, arrachée par violence, entachée enfin de quelque vice de cette nature, est absolument nulle ; l'acte qui la cautionne tombe par conséquent avec elle. / Mais si l'obligation principale, valable en elle-même, ne se trouvait caduque que par une exception personnelle au principal obligé, la restitution de celui-ci ne détruirait pas l'essence de l'obligation, et le cautionnement devrait produire son effet. »

[2] Art. 1315 c. civ. : « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. »

[3] Com., 5 septembre 2013, n°13-40.034, Bull.

[4] Com. 17 mai 2017, n°15-25.802, inédit : la banque ne prouve pas que sa créance a été admise, et perd donc son action contre la caution. Aussi, dans le cas d'un nantissement de fonds de commerce, Com. 4 mai 2017, n°15-24.854, D. 2017. 975 ; JCP G 2017. 673, note J.-J. Ansault ; RD banc. fin. 2017. Comm. 180, obs. C. Houin-Bressand ; Bull. Joly Entrep. diff. 2017. 268, obs. J. E. Degenhardt ; Gaz. Pal. 27 juin 2017, p. 60, obs. P.-M. Le Corre ; Act. proc. coll. 2017, n°167, obs. T. Le Bars ; Dr. et proc. juill. 2017, cah. dr. entr. diff., p. 8, obs. F. Reille ; Banque et Droit juill.-août 2017. 64, obs. N. Rontchevsky.

[5] Art. 792 c. civ. : « Les créanciers de la succession déclarent leurs créances en notifiant leur titre au domicile élu de la succession. Ils sont payés dans les conditions prévues à l'article 796. Les créances dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées à titre provisionnel sur la base d'une évaluation.

« Faute de déclaration dans un délai de quinze mois à compter de la publicité prévue à l'article 788, les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte. »

[6] Art. 792, al. 2, c. civ. déclaré conforme à la constitution par Cons. const., 5 oct. 2016, n°2016-574/575/576/577/578 QPC, D. 2016. 2001 ; Constitutions 2016. 546 ; RTD civ. 2016.908, obs. Michel Grimaldi. Voir : Pierre Crocq, *Chronique de droit des sûretés août 2016 - août 2017*, D. 2017. 1996.

coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte. »

115. En résumé, l'**obligation de couverture de la caution** est la première clause essentielle qui doit être fixée de manière explicite. La caution identifie une dette quelconque (présente, future ou conditionnelle) qui doit être suffisamment identifiable, par l'identité des parties ou par l'objet de l'obligation garantie.

La liberté contractuelle des parties est entière, sous réserve de respecter une exigence : la dette couverte doit être valide. Cette exigence répond à la logique de fond du cautionnement : si la caution se substitue à un débiteur qui ne doit rien, la caution ne doit toujours rien. Il n'y a alors aucune raison à ce que le créancier puisse lui réclamer une somme d'argent, au titre de son obligation de règlement.

2/ L'obligation de règlement : *le montant maximal dû par la caution*

116. L'**obligation de règlement** de la caution désigne le montant maximal que la caution accepte de verser au créancier. Lorsqu'elle s'engage, la caution fixera le montant de son engagement, en fonction de ce qu'elle pourra verser, au regard de sa fortune et de ses revenus. À défaut de précision suffisante du montant que le créancier pourra réclamer à la caution, l'engagement de la caution sera nul, faute d'objet suffisamment déterminable (art. 1163 c. civ.).

La liberté contractuelle dont disposent les parties pour fixer le montant de l'obligation de règlement de la caution (a) donne toutefois lieu à des limitations, quand la caution est une personne physique (b).

a/ Le montant maximal affecté au paiement : *la liberté contractuelle*

117. Le **montant maximal affecté par la caution au paiement** forme la seconde limite à l'engagement de la caution (la première limite étant celle de l'obligation de couverture). Il correspond le plus souvent à une somme d'argent que la caution s'engage à verser, mais la liberté contractuelle permet également d'affecter un bien (compte-titres ; immeuble ; patrimoine fiduciaire ...) au paiement d'une dette (auquel cas l'obligation de règlement aura un montant identifiable grâce à la valeur du bien et au prix qui en sera retiré si le bien doit être vendu, en cas de défaillance du débiteur).

L'*exigence d'un montant identifié* à l'obligation de règlement ne signifie pas que ce montant doit être chiffré : la caution peut s'engager « sans limitation de montant » ou affecter un bien. Trois modalités de règlement peuvent ainsi être convenues :

- dans le *cautionnement chiffré*, le montant de l'obligation de règlement correspond à une somme chiffrée (30.000€) ou chiffrable (trois mois de loyers, dont le montant est indexé). L'hypothèse est prévue par l'article 2296 al. 2 c. civ. : « Il [le cautionnement] peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. »
- dans le *cautionnement indéfini*, la caution précise que la caution paiera le créancier « sans limitation de montant ». La clause relative à l'obligation de règlement est alors suffisamment précise : la caution couvre le solde débiteur du compte courant (obligation couverte), quel qu'en soit le montant[1]. La caution peut s'engager sans limitation chiffrée, mais avec une limitation correspondant à une fraction de la dette : la caution A ne paiera que le ¼ du solde débiteur du compte courant (quel qu'en soit le montant) ; d'autres cautions pourront s'engager à couvrir tout ou partie de la dette (ce qui correspond au cas de la société en nom collectif : les associés répondent d'une fraction des dettes sociales, sans limitation de montant)
- dans le cautionnement *réel*, la caution engage un bien qui sera affecté au paiement de la dette du débiteur principal (art. 2325 c. civ.[2]). En cas d'impayé, le bien sera vendu et sa valeur sera attribuée au créancier. L'obligation de règlement de la caution se limite à ce bien[3] ; le reste du patrimoine de la caution n'est pas engagé.

L'obligation de règlement de la caution possède donc un montant suffisamment identifié quand la caution s'engage « sans limitation de montant » ou qu'elle engage un bien (dont la valeur n'est pas précisée). Cette liberté contractuelle s'applique dans les relations entre une caution quelconque et un créancier quelconque. Mais des limites existent.

---

[1] Ainsi, la caution garantit le solde du compte courant du débiteur. Voir : Com., 13 décembre 2016, n°14-16.037, Bull. ; D. 2017, somm., p. 5 ; Gaz. Pal. 2017, n°8, p. 32, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand.

[2] Art. 2325 c. civ. : « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.
« Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables. »

[3] Civ. 2e, 4 septembre 2014, n°13-11.887, Bull. n°179 ; Gaz. Pal., n°281-282, 8-9 octobre 2014, p.10 à 12, note Marc Mignot : (abstrat) « Une sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers n'impliqu[e] aucun engagement personnel du garant ».

117-1. Dans le **cautionnement réel**, l'affectation d'un bien au règlement du créancier n'impose pas que le créancier dispose sur ce bien d'une sûreté réelle (hypothèque, nantissement). Lorsqu'un entrepreneur individuel renonce à l'insaisissabilité de sa résidence principale en faveur d'un créancier professionnel, ce dernier n'aura pas nécessairement besoin d'une hypothèque : le concours avec les créanciers personnels de l'entrepreneur peut présenter un risque insuffisant pour recourir à la sûreté (supra, introduction).

Le *régime du cautionnement réel* a été profondément modifié en 2021 (art. 2325 c. civ.[1]), et invalide la plupart des solutions adoptées par la jurisprudence antérieure à la réforme. La caution réelle bénéficie de l'ensemble des protections octroyées à la caution, sauf exceptions :

- La caution réelle (personne physique) doit être mise en garde comme toute autre caution personne physique (art. 2299 c. civ.), sur le risque excessif que présente l'endettement du débiteur ; elle doit renoncer explicitement au bénéfice de discussion (art. 2305 et suiv. c. civ.) ; elle doit également être informée par le créancier professionnel, au même titre que toute caution personne physique, annuellement et en cas de défaillance du débiteur (art. 2302 et suiv. c. civ.).
- Comme toute caution, la caution réelle bénéfice du recours personnel et subrogatoire envers le débiteur (art. 2308 et suiv.) et la privation du recours subrogatoire entraîne la déchéance du créancier (art. 2314 c. civ.).
- En revanche, la caution réelle n'est pas soumise à la mention manuscrite[2] (art. 2297 c. civ.). Si elle est mariée sous le régime de la communauté légale et que le bien est commun, il faut respecter la cogestion (art. 1422 al. 2 c. civ.[3]). La prescription applicable dépend du droit réel donné en garantie : en matière immobilière (art. 2227 c. civ.[4]), la prescription est donc trentenaire[5].

b/ L'obligation de règlement d'une caution personne physique : *l'exigence d'un engagement pour un montant raisonnable*

118. L'**obligation de règlement d'une caution personne physique** devra donner lieu à un engagement pour un montant raisonnable quand elle s'engage envers un créancier (quelconque) ou certains créanciers (professionnels). Ces créanciers devront

[1] Art. 2325 c. civ. : « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.
« Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables. »

[2] Civ. 1ère, 22 sept. 2016, n°15-20.664, inédit, Dr. et patr. janv. 2017. 86, obs. P. Dupichot ; Banque et Droit nov.-déc. 2016. 64, obs. M. Leroy : « le nantissement d'un meuble incorporel constitue une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers, laquelle n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement » (la mention manuscrite de l'art. L. 331-1 c. conso ne s'applique pas).

[3] Art. 1422 al. 2 c. civ. : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté.
« Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers. »

[4] Art. 2227 c. civ. : « Le droit de propriété est imprescriptible. Sous cette réserve, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

[5] Com., 2 juin 2021, n°20-12.908, Bull. ; D. 2021, p.1526

donc se méfier quand une caution personne physique accepte de s'engager sans mesure : ils risquent d'obtenir un titre sans valeur ou sans grande valeur.

Indirectement, par le biais de la mention manuscrite (infra), une *caution personne physique doit chiffrer son engagement* quand elle s'engage envers un créancier quelconque. Cette obligation de règlement sera fixée dans « la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres » (art. 2297 al. 1er c. civ.[1]). Si la caution personne physique s'engage sans limitation de montant, le créancier disposera d'un titre nul (affecté d'un vice de forme : infra). Il existe une exception : en présence d'un cautionnement réel, l'identification du bien remplace le chiffrage.

Directement, avec le cautionnement manifestement disproportionné, le créancier professionnel doit vérifier le montant dont la caution personne physique peut effectivement s'acquitter. Si une caution personne physique s'engage de manière disproportionnée (en chiffrant son obligation de règlement), le créancier subira une déchéance : l'obligation de règlement de la caution sera réduite au montant qu'elle pouvait payer quand elle s'est engagée.

Un créancier doit donc éviter deux écueils spécifiques quand une caution personne physique fixe son obligation de règlement :

- elle doit être chiffrée (infra, la mention manuscrite) faute de quoi le cautionnement sera nul (sauf exception, avec le cautionnement réel) ;
- quand elle est chiffrée, le créancier professionnel doit vérifier que le montant est en rapport avec les capacités financières de la caution.

119. L'obligation de vérifier (en faisant remplir une fiche de renseignement) que l'obligation de règlement de la caution personne physique est **proportionnée à ses facultés** pèse uniquement sur le créancier professionnel[2]. Selon l'article 2300 c. civ. : « Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et

[1] Art. 2297 al. 1er c. civ. : « A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres. »

[2] Com., 13 mars 2024, n° 22-19.900, Bull. ; D. 2024 p.540 : le créancier n'a pas à « vérifier les déclarations fournies par la caution, (…) [mais il] a le devoir de s'enquérir de la situation patrimoniale de cette dernière, avant la souscription du cautionnement, de sorte qu'il ne peut être tenu compte, pour l'appréciation de la disproportion, d'une fiche de renseignements signée postérieurement. »

au patrimoine[1] de la caution, il[2] est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. » Depuis 2021, cette obligation catégorielle est sanctionnée par une déchéance.

L'obligation de règlement sera *manifestement disproportionnée* quand la caution prend un engagement qu'elle sera incapable de tenir au moment où elle s'engage.

- La *disproportion* résulte d'une comparaison entre les biens et revenus de la caution (déduction faite de la charge des emprunts en cours[3], à l'exclusion des revenus escomptés de l'opération financée[4]) et le montant de son obligation de règlement. La cour de cassation ne prend plus en compte le caractère saisissable de ces biens[5] ; il suffit qu'ils figurent dans le patrimoine de la caution[6].
- La disproportion est « manifeste », c-à-d. évidente, et non pas quelconque. Il en ira ainsi lorsque la caution est dépourvue de biens saisissables et que la fraction saisissable de ses revenus (200€/mois) ne permet pas de payer le montant promis (30.000€). Il en ira de même lorsque la caution dispose de biens saisissables dont la valeur n'est que du 1/6ème du montant de son obligation de règlement (Com., 17 juin 1997, *Macron*[7]).

[1] Le terme « patrimoine » est impropre, puisque le patrimoine désigne l'ensemble réunissant les biens et obligations (créances et dettes) rattaché à son titulaire.

[2] En réalité, ce n'est pas le « cautionnement », mais le montant de l'obligation de règlement qui est réduit.

[3] Civ. 1ère, 25 mars 2020, n°19-15.163, non publié au bulletin : « (…) M. F... justifiait de sa qualité de propriétaire de deux biens immobiliers dont la valeur nette, après déduction des emprunts en cours (...) »

[4] Civ. 1ère, 3 juin 2015, n°14-13.126 et 14-17.203, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1268, note Valérie Avena-Robardet ; RLDC, n° 5941, note Elodie Pouliquen : (abstrat) « La proportionnalité de l'engagement de la caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie. ». Même formulation avec Com., 22 septembre 2015, n°14-22.913, Bull. ; D. 2015, p. 2044, note Christophe Juillet ; JCP G 2015, 1222, spéc. n° 9, note Philippe Simler, également parue au JCP N 2015.1205, n° 9 ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 25, note Pauline Pailler.

[5] Com., 22 février 2017, n°15-14.915, Bull. ; D. 2017, p.500; JCP G 2017, chron. 511, n°9, obs. Ph. Simler; JCP N 2017. 1201, note V. Bouchard ; RDBF 2017, n°72, obs. D. Legeais : (abstrat) « Le consentement exprès, donné en application de l'article 1415 du code civil par un époux au cautionnement consenti par son conjoint, ayant pour effet d'étendre l'assiette du gage du créancier aux biens communs, la proportionnalité de l'engagement de la caution doit être appréciée tant au regard de ses biens et revenus propres que de ceux de la communauté, incluant les salaires de son époux. » ; Com., 6 juin 2018, n° 16-26.182; Bull. n°68 ; D. 2018, p.1851, note A. Gallois ; JCP G 2018. 900, note Ph. Simler

[6] Com., 15 novembre 2017, n°16-10.504, Bull. n°150 ; D. 2018, p.392, note M.-p. Dumond-Lefrnad ; JCP G 2018. 13, note Ph. Simler ; JCP E 2018. 1010, note D. Legeais : « la disproportion manifeste de l'engagement de la caution s'appréciant (…) par rapport, notamment, à ses biens, sans distinction, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que celui de M. Y... dépendant de la communauté devait être pris en considération, quand bien même il ne pourrait être engagé pour l'exécution de la condamnation éventuelle de la caution, en l'absence du consentement exprès du conjoint donné conformément à l'article 1415 du code civil » ; Com., 6 juin 2018, n°16-26.182; Bull. n°68 ; D. 2018, p.1851, note A. Gallois ; JCP G 2018. 900, note Ph. Simler. Voir : Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°126, p. 139 : « Bien que non saisissables, les biens communs, insaisissables par le créancier, constituent pour lui un patrimoine disponible. »

[7] Com., 17 juin 1997, *Macron*, n°95-14105; Bull. n°188 ; D. 1998, p. 208, note J. Casey ; JCP E 1997, p. 235, note D. Legeais : le dirigeant était propriétaire de biens d'une valeur de 500.000€ mais s'était engagé à hauteur de 3 millions d'€.

– La disproportion est appréciée *au moment où s'engage* la caution (personne physique)[8]. Si la caution s'est appauvrie (ou a pris de nouveaux engagements postérieurement[9]) depuis la conclusion du cautionnement et n'est plus en mesure de payer le montant (proportionné) qu'elle avait promis, la caution ne pourra pas obtenir de décharge grâce à l'article 2300 c. civ.[10] (mais la caution pourra obtenir le bénéfice du surendettement : le montant de sa dette sera réduit à ce qu'elle peut payer au cours des 7 prochaines années, infra n°202-1).

– La *charge de la preuve* de la disproportion manifeste pèse, semble-t-il, non pas sur le créancier[4] (qui serait alors présumé fautif), mais sur la caution[5]. C'était du moins l'orientation de la jurisprudence juste avant 2021.

La sanction infligée au créancier professionnel (modifiée en 2021) est une *déchéance* : la caution sera tenue de payer le montant « proportionné » à son obligation de règlement. Selon l'article 2300 in fine « il [le cautionnement] est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date ». Une caution personne physique obtiendra donc systématiquement une réduction du montant de son obligation de règlement :

– La réduction du montant de l'obligation de règlement de la caution s'applique même si la caution s'est, depuis la conclusion du cautionnement, suffisamment enrichie et qu'elle serait capable de payer le montant de son

[8] Com. 13 mars 2024, n°22-19.900 , D. 2024. 540 : « le créancier a le devoir de s'enquérir de la situation patrimoniale de [la caution], avant la souscription du cautionnement » (...) « il ne peut être tenu compte, pour l'appréciation de la disproportion, d'une fiche de renseignements signée postérieurement ».

[9] Com., 29 septembre 2015, n°13-24.568, Bull. ; JCP G 2015, 1222, spéc. n° 8, note Philippe Simler, également parue au JCP N 2015, 1205, n° 8 ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 25, note Pauline Pailler : (abstrat) « La disproportion d'un cautionnement par rapport aux biens et revenus de la caution d[oi]t être appréciée au jour de la signature de l'acte et non au jour où le juge statue, (...) » ; Com., 3 novembre 2015, n°14-26.051, Bull.

[10] Art. 2300 c. civ. : « Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. »

[4] Com., 1er mars 2016, n°14-16.402, Bull. ; D. 2016, somm., p. 598, note Valérie Avena-Robardet ; Gaz. Pal. 2016, n° 14, p. 31, note Stéphane Piédelièvre ; JCP E 2016.II.1242, note Alexandre Dumery, ; Bull. Joly sociétés 2016, p. 284, note Eva Mouial-Bassilana ; RJDA 2016, n° 396 : (abstrat) « Il résulte de la combinaison des articles 1315 du code civil et L. 332-1 du code de la consommation qu'il incombe au créancier professionnel qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné lors de sa conclusion aux biens et revenus de la caution, personne physique, d'établir qu'au moment où il l'appelle, le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation. »

[5] Com.,13 septembre 2017, n° 15-20.294, Bull. ; RLDC 2017, n° 6346, p. 9 ; JCP E 2017.II.1586, note Dominique Legeais ; RD bancaire et financier 2017, comm. 209 et 211, note Dominique Legeais : (abstrat) : « (…) la caution (….) supporte, lorsqu'elle l'invoque, la charge de la preuve de démontrer que son engagement de caution était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus. » ; Com., 5 mai 2021, n° 19-21.468 (n° 372 F-P) ; D. 2021 p.1418 : « point 8. (…) M. E. ne rapportait pas la preuve de la disproportion manifeste alléguée » ; Com., 30 août 2023, n°21-20.222, Bull. ; D. 2023 p.1460 : (abstrat) « Il appartient à la caution, personne physique, qui entend se prévaloir du caractère manifestement disproportionné du cautionnement à ses biens et revenus, lors de la souscription de son engagement, d'en apporter la preuve. » ; Com., 13 mars 2024, n° 22-19.900, Bull. ; D. 2024 p.540

obligation de règlement. Si la caution s'est engagée à une obligation de règlement de 300.000€, alors que son seul bien saisissable est un immeuble d'une valeur de 150.000€, le créancier (confronté à un débiteur défaillant pour 200.000€) ne pourra réclamer que 150.000€ à la caution, même son immeuble vaut désormais 200.000€ ou même si la caution possède désormais un compte-titres valant 50.000€.

– La déchéance infligée au créancier professionnel montre qu'il est considéré comme seul fautif (sans égard à la promesse de la caution qui s'engage sans mesure). Ce manquement du créancier professionnel n'est pas régularisable et il n'apparaîtra que lors de la réalisation (éventuelle) du risque de défaillance du débiteur.

(120- à 123. : réservés)

120. Pour apprécier la **proportion** entre le montant de l'obligation de règlement de la caution et le montant « à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date », il faut estimer la valeur nette des biens figurant dans le patrimoine du débiteur (Com., 5 février 2013[1]), et non celle de l'actif figurant dans le droit de gage général du créancier .

–

– Les engagements préalablement pris par la caution sont déduits de la valeur de l'actif saisissable par le créancier. La caution qui est par ailleurs tenue solidairement (cas fréquent en présence d'un emprunt destiné à assurer le financement du logement de la famille) peut se voir réclamer l'entièreté du solde de l'emprunt : ce montant est donc déduit entièrement, sans tenir compte de la faculté de rembourser de l'autre membre du couple.

La fortune saisissable de la caution sera évaluée en tenant compte du régime matrimonial des conjoints ou partenaires. Faut-il prendre en compte la valeur des biens saisissables ? Une partie de la doctrine estime qu'il suffit de prendre en compte la valeur des biens dont l'époux est propriétaire, même si ces biens ne sont pas saisissables[2].

[1] Com., 5 février 2013, n°11-18.644, Bull. n°22 : « ayant constaté que les charges globales de M. et Mme X... s'élevaient à la somme de 780 000 euros [montant de l'obligation de règlement], qu'ils disposaient d'un patrimoine composé d'une maison acquise en novembre 2004 pour 420 000 euros, grevée d'un prêt de 150 000 euros, de plans d'épargne, de comptes-titres de 133 742 euros et 19 042 euros et de parts dans une société Lamaya dans laquelle avait été injectée la somme de 253 000 euros, faisant ressortir qu'ils étaient également créanciers de cette dernière somme et que M. X... était par ailleurs nu-propriétaire d'un appartement à Saint-Malo, évalué à 57 320 euros en 1996, c'est souverainement que la cour d'appel a écarté le caractère manifestement disproportionné de leur engagement au regard de l'ensemble de leur patrimoine ».

[2] Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit des sûretés et de la publicité foncière, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°126, p. 139 : « Bien que non saisissables, les biens communs, insaisissables par le créancier, constituent pour lui un patrimoine disponible. »

En présence d'un cautionnement souscrit par un *époux qui s'est engagé seul*, le droit de gage général du créancier se limite à la valeur des propres de l'époux, ainsi qu'à la fraction saisissable de ses revenus (sachant que les revenus ne sont pas certains).

- La valeur de l'actif saisissable est donc réduite, pour l'essentiel à la valeur des propres : cette valeur est prise en compte pour apprécier le caractère proportionné du montant de l'obligation de règlement.
- Le montant proportionné de l'obligation de règlement correspondra à la dette que devra l'époux (engagé seul). Si l'époux manque à son engagement, la fraction saisissable de ses revenus sera affectée au remboursement de la dette. Cette capacité de payer n'est pas prise en compte pour calculer le montant proportionné de l'obligation de règlement. Les deux questions sont distinctes.
- La valeur de l'actif saisissable, dans le cadre d'une exécution forcée, est une question également distincte des règles de cogestion (du logement familial, notamment). Si le logement de la famille est un bien propre, le créancier peut le saisir : le consentement du conjoint (qui n'a pas donné son accord au cautionnement) est hors de cause.

En présence d'un cautionnement souscrit par un partenaire qui s'est engagé seul, le droit de gage général du créancier porte sur les propres du partenaire ainsi que sur la valeur de la quote-part de ses biens indivis. Le partenaire qui s'engage seul comme caution pourra donc fréquemment s'engager pour un montant supérieur.

Conclusion I/ Les obligations essentielles de la caution

124. Les **obligations essentielles** de la caution seront donc fixées par deux clauses, l'une identifiant la dette couverte, l'autre le montant que la caution accepte de payer. Les parties sont libres de fixer leur contenu, sous réserve de l'ordre public :

- dans le cautionnement, l'obligation couverte par la caution doit être valable. La caution ne sera tenue que pour la part inexécutée de la dette.
- une caution quelconque fixe librement le montant (même indéfini) de son obligation de règlement, mais une caution personne physique doit le chiffrer, et ce chiffre doit correspondre à ses capacités de payer quand elle s'engage envers un créancier professionnel.

Ces deux obligations sont essentielles parce qu'elles fixent la double limite de l'engagement de la caution. Le cautionnement possède alors un objet suffisamment précis ; des dispositions supplétives de volonté préciseront les détails secondaires.

II/ Les suites sous-entendues de l'engagement de la caution : *l'étendue des silences supplétifs de volonté*

125. Les **suites sous-entendues de l'engagement de la caution** incluent dans le contrat de cautionnement des obligations qui ne seront écartées que par une clause contraire explicite figurant dans le cautionnement. Ces obligations tacites (en application de l'article 1194 c. civ.[1], en droit du contrat) orientent les attentes contractuelles des parties.

Elles seront favorables, tantôt aux intérêts du créancier, tantôt à ceux de la caution. Le déclencheur du cautionnement (1) est tardif, sauf clause contraire. La disposition est favorable aux intérêts de la caution. En revanche, l'obligation de couverture de la caution (2) inclut des sous-entendus favorables, dans l'ensemble, aux intérêts du créancier.

1/ Le déclencheur du cautionnement : *cautionnement simple ou solidaire*

126. Le **déclencheur du cautionnement**, c-à-d. le moment auquel le débiteur sera considéré comme défaillant, obéit à une définition (contractuelle) qui a pour fonction de fixer les modalités de l'intervention de la caution : le cautionnement est soit simple, soit solidaire (art. 2290 al. 1er c. civ.[2] : « Le cautionnement est simple ou solidaire »).

Le cautionnement simple, qui vaut à titre supplétif de volonté (mais qui est rare en pratique, du moins quand la clause de solidarité est valablement rédigée), définit la défaillance comme un impayé causé par l'insolvabilité du débiteur : l'exécution forcée est impropre à remplir le créancier de ses droits. L'intervention de la caution est tardive.

Mais les parties (caution et créancier) peuvent définir le risque de défaillance de façon plus englobante (et précoce) : à défaut d'exécution volontaire, dès la mise en demeure infructueuse, le débiteur (même solvable) sera défaillant. C'est le cautionnement solidaire, le plus courant.

Le déclencheur de la sûreté consiste donc à identifier le risque d'impayé couvert par la caution : c'est le moment auquel la caution doit se substituer au débiteur défini comme défaillant. À défaut de précision contraire, le cautionnement est simple (a), sauf à convenir d'un cautionnement solidaire (b) (beaucoup plus efficace pour le créancier).

[1] Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

[2] Art. 2290 c. civ. : « Le cautionnement est simple ou solidaire.
« La solidarité peut être stipulée entre la caution et le débiteur principal, entre les cautions, ou entre eux tous. »

a/ Le cautionnement simple : *la discussion préalable des biens du débiteur*

127. Dans le **cautionnement simple** (art. 2305 à 2306-2 c. civ.), qui vaut dans le silence de la convention (art. 2297 al. 2 c. civ.[1]) ou en présence d'une mention (manuscrite) mal rédigée (infra), la défaillance du débiteur est acquise en présence d'une vaine poursuite préalable exercée par le créancier. Le moment procédural qui déclenche l'intervention de la caution est tardif et signifie en substance que le débiteur est insolvable. Aucun bien saisissable ne permet au créancier d'obtenir l'extinction de sa créance par l'exécution forcée.

La défaillance du débiteur ne sera donc acquise que tardivement, car le créancier doit au préalable initier l'exécution forcée :

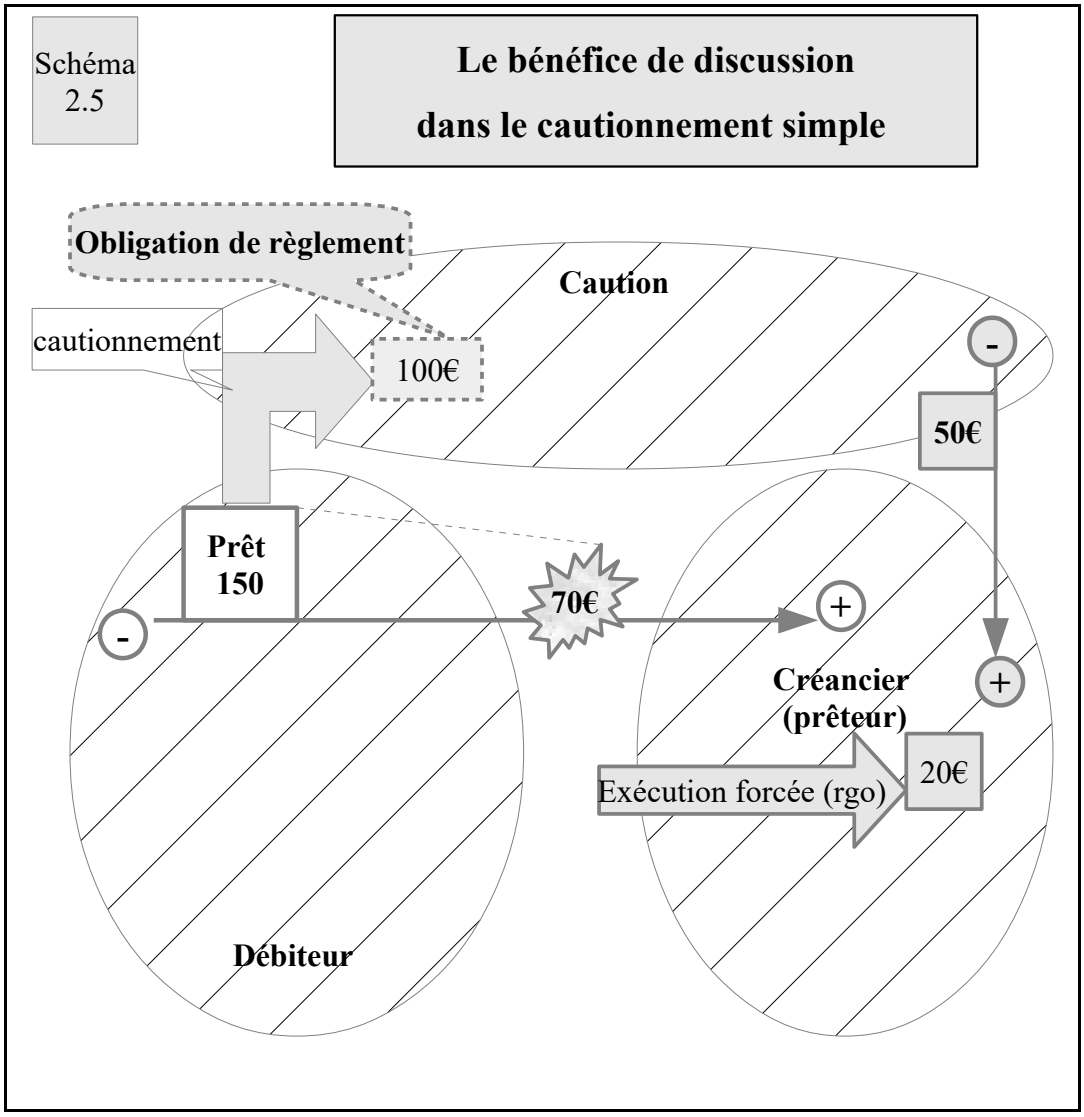
- Tout d'abord, le créancier a mis le débiteur en demeure de s'exécuter (art. 1231 c. civ.[2]), mais cette mise en demeure est restée infructueuse (l'exécution volontaire n'intervient pas). Il reste 70.000€ à payer au titre de l'emprunt.
- Ensuite, le créancier fait saisir les biens (disponibles) et revenus (saisissables) du débiteur : cette exécution forcée a peut-être permis de payer une partie de la dette (20.000€), mais l'autre partie manque toujours. Le débiteur est en réalité insolvable.
- Le créancier déclenche alors sa garantie, à titre subsidiaire : la caution simple ne payera qu'en dernier recours, et uniquement pour la partie ultime manquante. Si le débiteur disposait d'un bien d'une valeur de 20.000€ (attribuée au créancier), la caution ne paiera donc que le solde (c-à-d. 50.000€).

Dans le cautionnement simple (qui régit les associés dans une société de personnes : art. 1858 c. civ.[3]), la défaillance du débiteur est acquise tardivement parce que le créancier doit prendre à sa charge l'exécution forcée sur les biens et revenus du débiteur et ce n'est qu'à l'issue de cette procédure que l'on saurait combien la caution doit payer (schéma 2.5).

[1] Art. 2297 al. 2 c. civ. : « Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. »

[2] Art. 1231 c. civ. : « A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. »

[3] Art. 1858 c. civ. : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale. »



La caution simple bénéficie d'une mesure qui est la traduction procédurale de cet impayé pour cause d'insolvabilité. C'est le *bénéfice de discussion*, défini à l'article 2305 al. 1er c. civ.[1], qui « permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal ». La caution peut donc indiquer au créancier quels biens du débiteur peuvent faire l'objet d'une exécution forcée (ce qui réduira d'autant le montant qui restera dû par le débiteur).

– L'exercice du bénéfice de discussion (infra, n°277 et suiv.) conduira la caution à indiquer rapidement et précisément au créancier quels biens du

[1] Art. 2305 c. civ. : « Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal.
« Ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire. »

débiteur peuvent être utilement saisis (art. 2305-1 c. civ.[1]). Si la caution tarde à invoquer le bénéfice de discussion, elle y renonce (art. 2306-1 al. 1er c. civ.[2]).

– Lorsqu'aucune mesure d'exécution forcée n'est de nature à satisfaire le créancier (parce que le débiteur est insolvable), la caution doit payer immédiatement. Il en ira ainsi lorsque le débiteur professionnel est en liquidation judiciaire[3] (ce qui implique que la caution simple ne paye pas durant la procédure collective, de sauvegarde ou de redressement : infra). De même, la caution versera immédiatement le montant résiduel du passif que la vente des biens du débiteur ne pourra pas éteindre.

Le bénéfice de discussion permet spécifiquement d'identifier le déclencheur (tardif) du cautionnement simple : la saisie préalable des biens du débiteur doit avoir lieu.

128. La caution simple bénéficie d'une autre mesure lorsque **plusieurs cautions** se sont engagées conjointement à garantir une même dette. En application du droit commun, la caution simple pourra demander le fractionnement de son paiement (solution également prévue en présence d'associés à une société de personne : art. 1857 c. civ.[4]).

Techniquement, la caution invoque le *bénéfice de division* (art. 2306 al. 2 c. civ.[5]) qui permet à la caution simple de ne payer que sa part, lorsque plusieurs cautions garantissent une même dette. Le créancier doit fractionner son action contre chacune des cautions, en application du principe de la dette divisible[6].

---

[1] Art. 2305-1 c. civ. : « Le bénéfice de discussion doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle.
« La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être saisis, qui ne peuvent être des biens litigieux ou grevés d'une sûreté spéciale au profit d'un tiers.
« Si le créancier omet de poursuivre le débiteur, il répond à l'égard de la caution de l'insolvabilité de celui-ci à concurrence de la valeur des biens utilement indiqués. »

[2] Art. 2306-1 c. civ. : « Le bénéfice de division doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle.
« Il ne peut être mis en œuvre qu'entre cautions solvables. L'insolvabilité d'une caution au jour où la division est invoquée est supportée par celles qui sont solvables. La caution qui a demandé la division ne peut plus être recherchée à raison de l'insolvabilité d'une autre, survenue postérieurement. »

[3] Mixte, 18 mai 2007, n°05-10.413, Bull. n°4 ; D. 2007, p.1414 à 1416, obs. A. Lienhard (l'arrêt pose une présomption : dès lors que le créancier déclare sa créance au passif d'un débiteur en liquidation judiciaire, la condition de poursuite vaine et préalable est remplie) ; Com., 23 nov. 2004, n°03-17235, D. 2004, AJ, p.3220, obs. A. Lienhard ; D. 2005, cah. dr. aff., p.653 à 656, note C. Lisanti.

[4] Art. 1857 al.1er c. civ. : « A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements. »

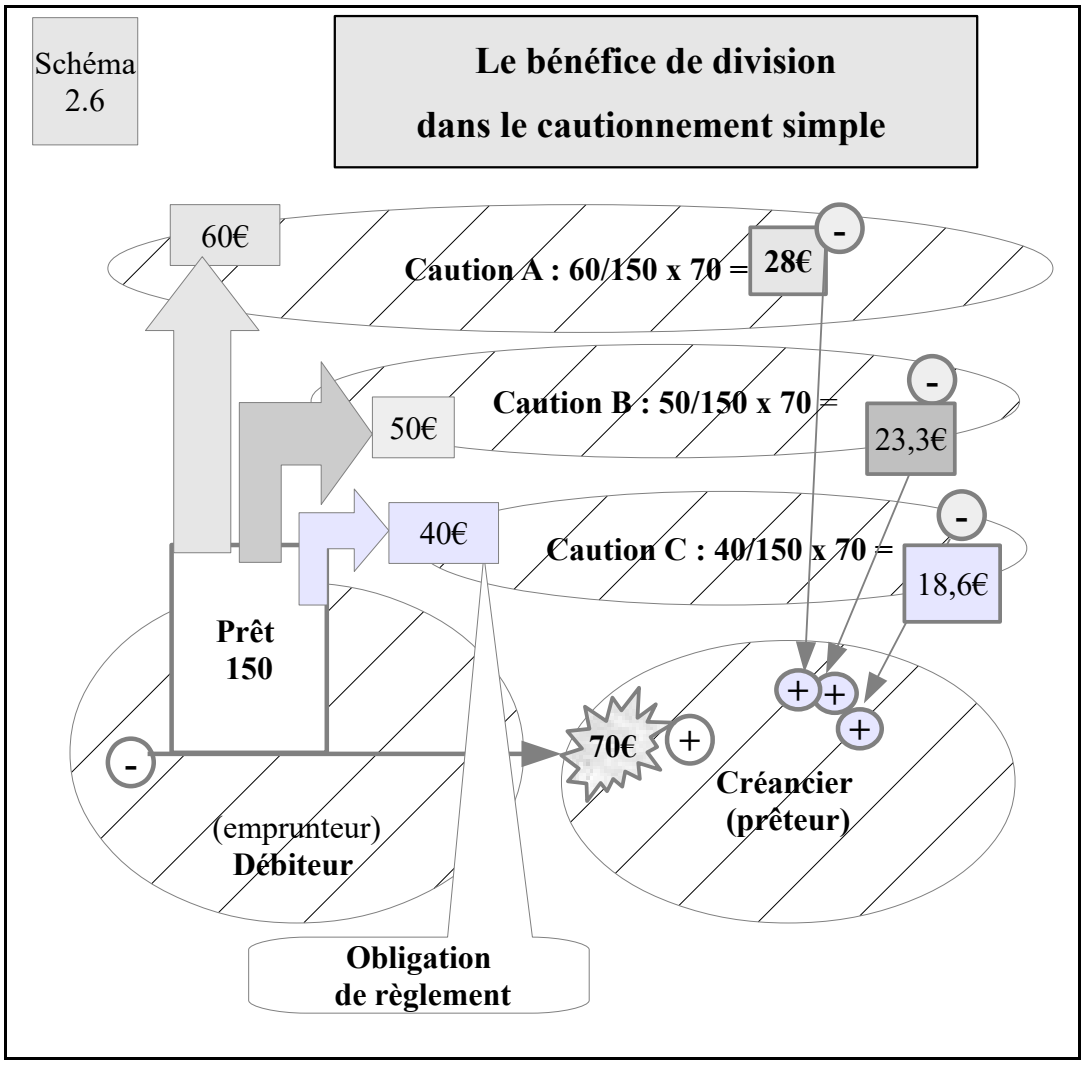
[5] Art. 2306 c. civ. : « Lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions de la même dette, elles sont chacune tenues pour le tout.
« Néanmoins, celle qui est poursuivie peut opposer au créancier le bénéfice de division. Le créancier est alors tenu de diviser ses poursuites et ne peut lui réclamer que sa part de la dette.
« Ne peuvent se prévaloir du bénéfice de division les cautions solidaires entre elles, ni les cautions qui ont renoncé à ce bénéfice. »

[6] Art. 1309 c. civ. : « L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. (...)

– Si le débiteur a emprunté 150.000€ et est garanti par trois cautions couvrant l'intégralité de la dette (caution A pour 60, caution B pour 50 et caution C pour 40), le créancier ne peut réclamer à chacune d'elles qu'une fraction du montant de l'impayé, 70.000€. Il devra diviser ses actions en paiement. Il réclamera 60/150e de 70€ à la caution A ; 50/150e de 70€ à la caution B et 40/150e de 70€ à la caution C (schéma 2.6).

– Le fractionnement des paiements peut avoir lieu soit dès la mise en demeure infructueuse (déclencheur précoce), soit après saisie préalable des biens du débiteur (déclencheur tardif). Le fractionnement des paiements n'a aucun lien avec le déclencheur du cautionnement.

Schéma 2.6



« Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune. (...) ». Voir : *Régime général des obligations*, n°202.

129. Le **silence du contrat de cautionnement** sous-entend en principe (à l'exception du cautionnement dit judiciaire : art. 2305 al. 2 c. civ.[1]) que les modalités de poursuite du créancier envers les cautions sont tardives (bénéfice de discussion) et fractionnées (bénéfice de division). Valant à titre supplétif de volonté, une caution peut renoncer soit à l'un, soit à l'autre, soit aux deux :

– lors de la conclusion du contrat, une caution ne peut renoncer que par une clause explicite (art. 2298 c. civ.[2]) à l'un ou l'autre de ces bénéfices. Quand la clause précise que la caution est solidaire, cela signifie que la caution renonce aux deux bénéfices (art. 2305 al. 2 et 2306 al. 3 combinés c. civ.), mais il faudra s'assurer que la caution personne physique renonce aux deux bénéfices et exprime valablement sa décision (par la mention manuscrite) ;

– une caution peut renoncer uniquement au bénéfice de discussion, sans renoncer à celui de division ; ou l'inverse, obtenir la discussion préalable des biens du débiteur, mais renoncer au fractionnement des poursuites (art. 2306 al. 3 c. civ.[3]).

129-1. L**a fonction du bénéfice de discussion** consiste à cantonner le passif à une masse de biens prioritairement affectés à une dette (créanciers inscrits sur l'immeuble[4], acquéreur à réméré[5]). La saisie du créancier, dans le cadre de son droit de gage général, est alors orientée préférentiellement vers certains biens, plutôt que vers d'autres. Ce n'est pas un droit de préférence, mais un ordre prioritaire de saisie.

b/ Le cautionnement solidaire : *un déclencheur précoce*

130. Le **cautionnement solidaire** permet au créancier de bénéficier d'un déclencheur précoce, car il pourra exercer son action en paiement contre la caution dès que le

[1] Art. 2305 c. civ. : « Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal.
« Ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire. »

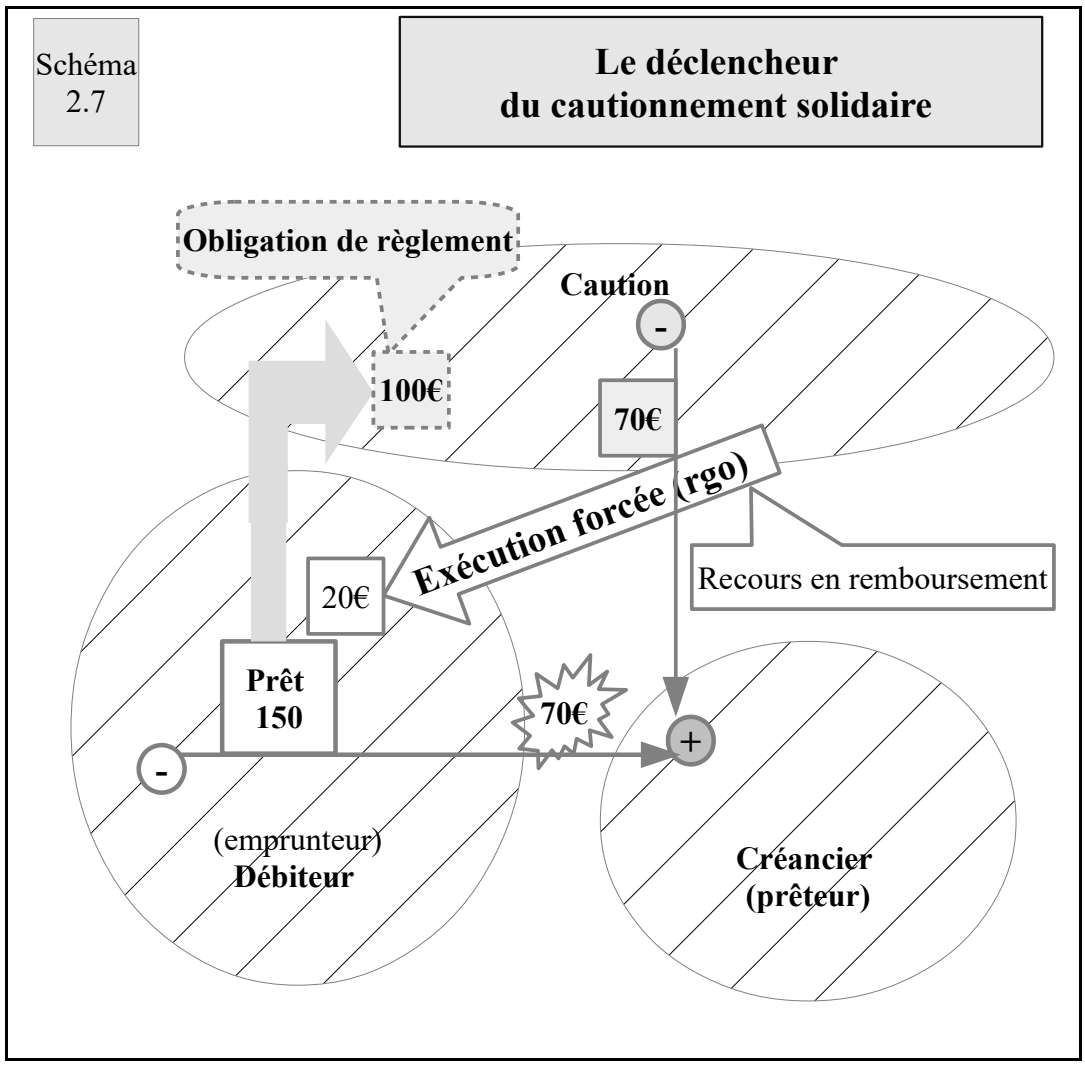
[2] Art. 2298 c. civ. : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »

[3] Art. 2306 al. 3 c. civ. : « Ne peuvent se prévaloir du bénéfice de division les cautions solidaires entre elles, ni les cautions qui ont renoncé à ce bénéfice. »

[4] La discussion préalable des meubles du débiteur est imposée aux créanciers bénéficiant d'un privilège général (mobilier et immobilier), afin de ne pas porter préjudice aux créanciers (hypothécaires, notamment) inscrits sur l'immeuble. Art. 2376 al. 6 c. civ. : « Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

[5] Selon l'art. 1666 c. civ., l'acquéreur à pacte de rachat (vente à réméré) « peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur » : les créanciers impayés du vendeur à réméré saisissent les biens autres du débiteur, afin de ne pas gêner la vente ; mais si le vendeur ne dispose pas de biens suffisants, ses créanciers peuvent saisir le bien que leur débiteur s'apprête à vendre,

débiteur a été mis en demeure (art. 1231 c. civ.[1]), donc sans avoir à suivre la procédure d'exécution forcée (schéma 2.7).



Le caractère solidaire[2] du cautionnement suppose une disposition expresse, puisque, selon l'article 1310 c. civ.[3] : « La solidarité (...) ne se présume pas ».

– Une clause expressément convenue entre la caution et le créancier (dans le cautionnement dit contractuel) sera rédigée (de manière dactylographiée en principe, mais parfois de manière manuscrite : infra) ;

[1] Art. 1231 c. civ. : « A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. »
[2] Sur la distinction entre le cautionnement solidaire et l'obligation solidaire : Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°64, p.58
[3] Art. 1310 c. civ. : « La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas. »

– Dans le cautionnement dit judiciaire, une disposition légale (art. 2305 al. 2 c. civ.[1]) établit la solidarité de plein droit.

– Dans le cautionnement dit légal, le silence de la loi signifie en principe que le cautionnement est simple (supra) : mais la loi prévoit fréquemment une disposition imposant le paiement à la caution dès que le défaut de paiement est établi. C'est notamment le cas avec l'AGS (qui intervient dès que l'employeur en procédure collective est défaillant dans le versement des salaires[2] : infra).

Le régime de la solidarité impose à la caution solidaire (ou réelle[3]) de payer seule l'entièreté de la dette (dans la limite de son obligation de règlement, évidemment).

– Privée du bénéfice de discussion, la caution solidaire doit payer, même si le débiteur dispose de biens saisissables et qu'il est solvable. Si le débiteur est défaillant à hauteur de 70.000€ et qu'il possède un bien saisissable d'une valeur de 50.000€, la caution solidaire doit payer immédiatement 70.000€ (dans la limite de son obligation de règlement, évidemment). La caution solidaire prend donc à sa charge la procédure d'exécution forcée sur les biens du débiteur (au titre de son action en remboursement : infra).

– Privée du bénéfice de division, la caution solidaire doit payer intégralement, même lorsqu'une autre caution solidaire pourrait être également actionnée par le créancier. La caution solidaire prend à sa charge l'action récursoire contre les autres cautions.

Dans le cautionnement solidaire, la caution solidaire assume précocement (et donc intégralement) la *charge des recours en remboursement* exercés pour l'un envers le débiteur (exécution forcée exercée sur ses biens), pour l'autre envers les autres cautions. Comme le cautionnement solidaire protège davantage le créancier, la clause (parfois

[1] Art. 2305 c. civ. : « Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal.
« Ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire. »

[2] Art. L 3253-6 c. trav. : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. » Les créances couvertes sont mentionnées aux art. 3253-8 et suiv. c. trav.

[3] Civ. 1ère, 25 nov. 2015, n°14-21.332, Bull. n°497 ; D. 2015. 2500 ; Gaz. Pal. 16 févr. 2016, p. 29, obs. C. Albiges ; Dr. et patr. 2016. 121, obs. A. Aynès ; Defrénois 2016. 933, obs. C. Gijsbers ; RLDC 2016. 29, note C. Juillet.

manuscrite[4], même depuis 2021 : infra) de solidarité est désormais de style dans le cautionnement dit conventionnel (c-à-d. imposé par le créancier).

129-1. Différentes **modalités de solidarité** peuvent être convenues. Selon l'article 2290 al. 2 c. civ. : « La solidarité peut être stipulée entre la caution et le débiteur principal, entre les cautions, ou entre eux tous. » Si le débiteur est défaillant après mise en demeure (à hauteur de 70€) et qu'il dispose de biens saisissables (d'une valeur de 30€), et que deux cautions A et B garantissent la même dette pour une obligation de règlement de 40 € chacune :

- la *solidarité entre la caution et le débiteur* signifie que le déclencheur du cautionnement est la mise en demeure infructueuse du débiteur (tenu de 70€). En cas de pluralité de cautions, le bénéfice de division subsiste : la caution A paiera la moitié de la dette (35€), tout comme la caution B (35€).
- La *solidarité entre les cautions* signifie que les cautions conservent le bénéfice de discussion, mais qu'elles renoncent au bénéfice de division. Après saisie des biens du débiteur et apurement partiel de sa dette, le créancier peut réclamer paiement de toute la dette (désormais 40€) à l'une des cautions. La caution A, si elle est actionnée, devra donc payer la dette impayée (dans la limite du montant de son obligation de règlement : 40€).
- La *solidarité stipulée « entre eux tous »* signifie que chaque caution est solidairement tenue avec le débiteur (déclencheur précoce) et que chacune des cautions a souscrit la clause de solidarité. Dès la mise en demeure du débiteur (défaillant à hauteur de 70€), la caution A, actionnée par le créancier est tenue de payer dans la limite de son règlement (40€) : elle a renoncé à la fois au bénéfice de discussion et à celui de division. Le créancier réclamera le solde à la caution B (30€).

L'engagement de cautions multiples peut résulter d'un engagement pris en commun envers le créancier (un même contrat de cautionnement étant alors conclu par plusieurs cautions) ou d'engagements distincts. Différentes modalités d'engagement des cautions peuvent donc coexister : la caution Z, simple, tenue d'une obligation de règlement de 30€ et la caution Y, solidaire avec le seul débiteur, sera tenue d'une obligation de règlement de 40€. La liberté contractuelle des différentes cautions conduira à prendre en compte l'effet relatif de chacun des engagement, si advient le temps de l'exécution (infra).

(130- à 133. : réservés)

[4] Avant 2021, la clause de solidarité était soumise à la mention manuscrite quand une caution personne physique s'engageait envers un créancier professionnel. L'exigence n'a pas entièrement disparu. Selon l'article 2297 al. 2 c. civ. : « Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. »

134. Le **cautionnement simple** prévu à titre supplétif de volonté n'est pas une disposition prévue dans l'intérêt du créancier. Ce dernier a systématiquement intérêt à bénéficier d'un cautionnement solidaire.

Un créancier contractuellement puissant (parce qu'il peut imposer à son débiteur de trouver une caution) évitera cet écueil juridique en exigeant un engagement solidaire de la ou des cautions. La clause de solidarité, devenue de style, supposera toutefois de surmonter un second écueil, avec la mention manuscrite (imposée quand une caution personne physique s'engage envers un créancier professionnel, art. 2297 al. 2 c. civ. : infra), et de tenir compte d'une troisième écueil (celui de la proportionnalité de l'engagement de la personne physique : supra).

Le créancier bénéficiaire d'un cautionnement dit légal reste soumis au droit commun, mais la loi impose systématiquement une disposition par laquelle le cautionnement est solidaire ou, ce qui revient au même, peut être déclenché dès la défaillance du débiteur dans l'exécution volontaire de son obligation. Dans ce cautionnement dit légal, le créancier ne contracte pas directement avec la caution : c'est le débiteur, par le biais de la stipulation pour autrui, qui doit trouver une caution (professionnelle, dont les comptes sont contrôlés).

Le plaideur qu'une décision de justice rend créancier bénéficie d'une exception (art. 2305 al. 2 c. civ.[1]) : le cautionnement dit judiciaire est solidaire à titre supplétif de volonté.

La clause de solidarité doit donc être systématiquement prévue dans le cautionnement dit contractuel, en réalité pour une raison de logique juridique. Le principe fixé en régime général des obligations[2], en présence de débiteur multiples, est que l'obligation est conjointe (art. 1309 c. civ.[3]) ; la nécessité de l'exception (art. 1310 c. civ.) étant acquise, une clause spéciale du contrat de cautionnement s'impose au créancier, s'il veut éviter la charge de la procédure d'exécution forcée.

---

[1] Art. 2305 c. civ. : « Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal.
« Ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire. »

[2] *Régime général de l'obligation*, n°100 et suiv.

[3] Art. 1309 c. civ. : « L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales.
« Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune.

2/ L'étendue tacite de l'obligation de couverture de la caution

135. L'**étendue tacite de l'obligation de couverture de la caution** donne lieu à deux extensions, favorables aux intérêts du créancier, mais supplétives de volonté. Ce sont en réalité des exceptions au principe (posé à l'article 2294 al. 2 c. civ.) du refus d'étendre l'obligation de couverture de la caution « au-delà des limites » prévues.

- On sait (supra n°111) que, selon l'article 2294 al. 2 c. civ., « Il [le cautionnement] ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. » La caution garantit les dettes locatives, non les dettes nées de l'occupation sans titre du local[1]. Elle garantit le contrat conclu pour trois ans, non sa prorogation[2]. Le principe posé est que l'obligation de couverture de la caution ne doit pas être étendue au-delà de sa volonté.
- Les exceptions admises par le législateur conduisent à réaliser des extensions limitées, en refusant une vision trop littéraliste (ou excessivement logique) de l'étendue de l'obligation de couverture de la caution.

Deux exceptions sont prévues. Premièrement, les intérêts et les frais de poursuite sont inclus dans l'obligation de couverture de la caution. Deuxièmement, la caution garantit aussi les restitutions, qui seront assimilées à l'obligation couverte. Ces deux dispositions étaient nécessaires, car elles contreviennent au principe posé à l'article 2294 al. 2 c. civ. : l'obligation de couverture de la caution inclura donc les frais (a) et les restitutions (b).

135-1. Lorsque le débiteur rembourse partiellement sa dette, son paiement est **imputé sur la partie non cautionnée** de la dette (Com., 28 janvier 1997[3]), solution favorable au créancier.

En présence d'une dette (d'un montant de 150€) garantie par une caution à hauteur de 75€, le remboursement effectué par le débiteur (60€) s'impute sur le montant non cautionné (Com., 28

[1] Civ. 1ère, 15 décembre 1998, n°96-20604, Bull. n°360 : (abstrat) « Aux termes de l'article [2294] du Code civil, un cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Viole ce texte et encourt la cassation l'arrêt qui, nonobstant les mentions manuscrites figurant dans l'acte de cautionnement aux termes desquelles la caution ne s'engageait à garantir que le paiement du loyer principal, de la provision sur charges et du montant du droit au bail dus par les locataires, condamne celle-ci au paiement des indemnités d'occupation et du coût des réparations locatives. »

[2] Com., 9 avril 2013, n°12-18.019, Bull. n°56 ; RLDC, 2013, Actualités, n° 5122, note Gaëlle Marraud des Grottes : « sauf clause contraire, la caution qui a garanti l'exécution d'un contrat à durée déterminée n'est pas tenue de la prolongation des relations contractuelles par les même parties par l'effet des prorogations ».

[3] Com., 28 janv. 1997, nº 94-19.347 , Bull. nº 28 ; D. 1997. 166, obs. L. Aynès ; Defrénois 1997. 395, obs. L. Aynès.

janvier 1997[1] ; Com., 9 octobre 2024[2]). Il en va de même, en présence d'une sûreté réelle (portant sur un actif valant 75€).

Lorsque le débiteur rembourse un emprunt garanti par une sûreté, le montant réglé par le débiteur s'impute d'abord sur le montant non garanti[3]. La sûreté (personnelle comme réelle) garantit le solde de la dette.

a/ L'inclusion des frais dans l'obligation de couverture

136. L'**inclusion des frais dans l'obligation de couverture** est prévue par l'article 2295 c. civ. : « Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. » Le silence du contrat de cautionnement (« sauf clause contraire ») signifie donc que les accessoires de l'obligation couverte sont inclus, mais dans la limite du montant de l'obligation de règlement.

Les *accessoires de l'obligation couverte* correspondent aux sommes que le débiteur doit au créancier en raison de sa défaillance.

– Les intérêts de retard sont dus par le débiteur après une mise en demeure (art. 1231 c. civ.) restée infructueuse. Conformément au droit commun, les intérêts de retard correspondent au taux légal en présence d'une obligation de somme d'argent ; mais ces intérêts peuvent être plus élevés. Il en sera ainsi quand un découvert bancaire non autorisé donne lieu à perception d'agios.

– Les frais de première demande peuvent inclure les frais bancaires liés au rejet d'un chèque non provisionné[4].

[1] Com., 28 janv. 1997, nº94-19.347 , Bull. nº28 ; D. 1997.166, obs. L. Aynès ; Defrénois 1997.395, obs. L. Aynès : « Lorsque le cautionnement ne garantit qu'une partie de la dette, il n'est éteint que lorsque cette dette est intégralement payée, les paiements partiels faits par le débiteur principal s'imputant d'abord, sauf convention contraire, sur la portion non cautionnée de la dette. »

[2] Com., 9 octobre 2024, n°22-18.579 (n° 546 F-B) ; JCP E 2025, p.1077, note A. El Mejri : « (…) Lorsque le cautionnement ne garantit qu'une partie de la dette, il n'est éteint que lorsque cette dette est intégralement payée, les paiements partiels faits par le débiteur principal s'imputant d'abord, sauf convention contraire, non alléguée en l'espèce, sur la portion non cautionnée de la dette. »

[3] Jérôme François, *Traité de droit civil. Les obligations : régime général* (t.4), coll. Corpus droit privé, 7e éd., 2025, n°38.

[4] Ces frais, qui peuvent atteindre un montant conséquent, sont plafonnés (art. L 131-73 c. mon. et fin., en cas de chèque sans provision ; art. L 312-1 c. mon. et fin. en présence d'un incident de paiement autre que le rejet d'un chèque sans provision).

– Les frais de poursuite sont à la charge du créancier[1] (sauf si une clause pénale prévoit que les frais de recouvrement seront à la charge du débiteur[2]) avant l'obtention du titre exécutoire (c-à-d. de la décision définitive)[3]. Ils sont à la charge du débiteur (et donc également de la caution) après obtention du titre exécutoire.

– La clause contraire (toujours dactylographiée, depuis 2021[4]) du contrat de cautionnement sera rédigée à l'initiative de la caution. La clause doit exclure expressément la couverture des frais et/ou des intérêts de retard.

La caution ne doit ces accessoires que lorsqu'elle est *informée, par le créancier, de la défaillance du débiteur*. Le texte impose donc à tout créancier envers toute caution une obligation générale d'information sur la défaillance du débiteur (infra). Cette solution, qui est une reprise de 1804, avait été oubliée : elle sera peut-être appliquée de nouveau.

– tant que la caution n'est pas informée de la défaillance du débiteur, les frais et intérêts de retard dus par ce dernier ne sont pas couverts par la caution. Si le créancier n'avertit la caution que trois mois après la défaillance du débiteur, seuls les intérêts et frais à naître après cette information seront couverts ;

– correctement informée, la caution peut payer immédiatement ce qu'elle doit au créancier et donc échapper à la charge des frais et intérêts de retard.

L'*inclusion implicite des accessoires* (intérêts et frais) dans l'obligation de couverture de la caution ne conduit évidemment pas à étendre l'obligation de règlement chiffrée de la caution. Si la caution couvre une dette de 100€, et si l'inexécution du débiteur génère des frais de 15€ et un intérêt de 5€, la caution ne paie que dans la double limite de son obligation de règlement (70€) et du montant de l'impayé.

---

[1] Civ. 1ère, 10 avril 2019, n°17-13.307, Bull. ; RGDA 2019, 116p8, note James Mandel : (abstrat) « Viole l'article 1382, devenu 1240 du code civil, ensemble l'article 700 du code de procédure civile, le tribunal qui alloue des dommages-intérêts au titre des frais occasionnés par la procédure engagée, alors que de tels frais ne constituent pas un préjudice réparable et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. »

[2] Com., 4 mai 2017, n°15-19.141, Bull. ; D. 2017 p. 972 ; RD bancaire et financier 2017, comm. 111, note Dominique Legeais, et 133, note Caroline Houin-Bressand ; revue Droit et procédures, juin 2017, p. 107, note Olivier Salati ; JCP E 2017.II.1405, note Jérôme Lasserre Capdeville : « (…) si, pour parvenir au recouvrement de sa créance, le prêteur a recours à un mandataire de justice ou exerce des poursuites ou produit à un ordre, l'emprunteur s'oblige à payer, outre les dépens mis à sa charge, une indemnité forfaitaire de 7 % calculée sur le montant des sommes exigibles avec un montant minimum de 2 000 €. Ayant retenu que cette indemnité était stipulée à la fois comme un moyen de contraindre l'emprunteur à l'exécution spontanée, moins coûteuse pour lui, et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le prêteur du fait de l'obligation d'engager une procédure, la cour d'appel en a exactement déduit que la clause prévoyant cette indemnité devait être qualifiée de clause pénale. »

[3] *Régime général de l'obligation*, n°809.

[4] Auparavant, la mention manuscrite imposée à la caution personne physique engagée envers un créancier professionnel devait expressément mentionner la couverture de ces frais et intérêts.

– Si le débiteur est défaillant à hauteur de 90€ (comprenant 70€ de dette principale, 15€ de frais et 5€ d'intérêt), la caution ne versera que 70€ (montant maximal de son obligation de règlement) ;

– Si le débiteur est défaillant à hauteur de 70€ (comprenant 50€ de dette principale, 15€ de frais et 5€ d'intérêt), la caution versera cette somme puisque les frais et les intérêts sont intégrés à l'obligation couverte inexécution, dans la limite de l'obligation de règlement de la caution ;

– Si la caution ne limite pas son obligation de règlement (cautionnement indéfini), la caution doit le principal et les accessoires quel que soit leur montant.

b/ L'inclusion des restitutions dans l'obligation de couverture

137. L'**inclusion des restitutions dans l'obligation de couverture** de la caution est prévue à l'article 1352-9 c civ.[1], en régime général des obligations : « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer (…) ». En cas d'annulation ou de résolution de l'obligation principale, l'obligation de restitution s'y substitue : la modification de l'obligation de couverture est réputée mineure.

Une vision restrictive et littérale de l'engagement de la caution aurait pu conduire à refuser d'étendre le cautionnement « *au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* » (art. 2294 al.2 c. civ.[2]). L'obligation (quasi-contractuelle[3]) de restitution étant différente de l'obligation principale (contractuelle), la caution aurait pu être tentée d'y voir une extension de son engagement. On sait au surplus qu'en présence d'une annulation, la caution ne couvre pas la dette (nulle) du débiteur (art. 2293 al. 1er c. civ.[4], supra n°112) et que la caution peut invoquer les mêmes exceptions que le débiteur (art. 2298 c. civ.[5], supra n°113). La caution aurait alors été libérée.

[1] Art. 1352-9 c. civ. : « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme. »

[2] Art. 2294 c. civ. : « Le cautionnement doit être exprès.
« Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

[3] Art. 1302 c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.
« La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

[4] Art. 2293 al. 1er c. civ. : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. »

[5] Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.
« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

La thèse inverse est retenue à l'article 1352-9 c. civ.[1] (validant la jurisprudence[2]). Lorsque le créancier économique a exécuté son obligation (en versant les fonds empruntés), et qu'il a obtenu un cautionnement pour garantir l'exécution de la contrepartie (le remboursement de l'emprunt), l'obligation de couverture de la caution est adaptée à ce changement (réputé mineur) : au lieu de couvrir l'obligation principale détruite (par la résolution ou l'annulation), la caution couvre désormais l'obligation de restituer.

L'article 1352-9 c. civ. est, a priori, un texte supplétif de volonté. Une clause contractuelle explicite contraire serait envisageable, mais il serait curieux que le créancier l'accepte. On sait, en effet, que la résolution est encourue quand le débiteur commet un manquement grave : l'extension de l'obligation de couverture de la caution aux restitutions est une garantie importante pour le créancier.

(138. : réservé)

Conclusion I/ Les suites sous-entendues de l'engagement de la caution

139. Les suites sous-entendues de l'engagement de la caution résultent donc de dispositions supplétives de volonté qui orientent la décision des parties dans un sens favorable à l'une ou à l'autre.

Le créancier, dans le cadre du cautionnement dit contractuel, a systématiquement intérêt à obtenir un cautionnement solidaire, de la part de cautions multiples si possible. Une clause quelconque mais explicite doit mentionner que l'engagement de la caution est solidaire, ou, ce qui revient au même qu'elle renonce aux bénéfices de discussion et de division.

Le créancier bénéficie des deux autres dispositions supplétives de volonté : la caution inclut tacitement dans son engagement la couverture des intérêts et des frais, ainsi que celle des restitutions.

Ces suites sous-entendues au contrat de cautionnement n'ont pas besoin d'être mentionnées : elles vont de soi, sauf clause contraire. La liberté contractuelles des parties est donc entière. Il en va différemment avec d'autres types de clauses.

[1] Art. 1352-9 c. civ. : « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme. »

[2] Com., 17 nov. 1982, n°81-10.757, Bull. n°357 : « la caution doit garantir la restitution consécutive à l'annulation du prêt ».

III/ Les clauses réputées non écrites : *les clauses abusives en droit du cautionnement ?*

140. Les **clauses réputées non écrites** sont des dispositions impératives ayant spécialement pour objet d'interdire à l'un des contractants de profiter d'un avantage excessif envers l'autre, grâce à une clause secondaire. Conformément à logique générale des clauses abusives en droit du contrat (art. 1171 c. civ.[1]), ces clauses ne portent pas sur les clauses essentielles (obligations de couverture et de règlement) qui font l'objet de dispositions d'ordre public propres (supra n°112 et suiv. et n°118 et suiv.), mais sur des aspects ponctuels. Elles apparaissent dans deux cas de figure.

La *durée de l'obligation de couverture* de la caution prend fin (pour l'avenir) lorsque certains événements surviennent. Par exemple, au décès de la caution, l'obligation de couverture prend fin (art. 2317 c. civ.[2]) et « toute clause contraire est réputée non écrite ».

Lorsque le créancier dispose d'une sûreté réelle, détenue sur le débiteur, il doit la transmettre à la caution dès que cette dernière s'acquitte de la somme due par le débiteur. La clause ayant pour but de faire *renoncer la caution à son recours subrogatoire* envers le débiteur est abusive, et réputée non écrite (art. 2314 al. 2 c. civ.[3]).

En droit du cautionnement, ces clauses « réputées non écrites » font apparaître la fonction normale du cautionnement : la durée de l'obligation de couverture deviendrait excessive quand certains événements surviennent (1) ; la renonciation au recours subrogatoire (2) est une clause plus problématique.

1/ La durée de l'obligation de couverture

141. La **durée de l'obligation de couverture de la caution** conduit la caution à garantir que les dettes futures, à naître dans une durée déterminée ou non, sont couvertes. Lors d'un contrat unique conclu entre le dirigeant de la sarl et la banque, une clause (dactylographiée) précise que la caution garantit « toutes les dettes présentes et

[1] Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.
« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

[2] Art. 2317 c. civ. : « Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès.
« Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[3] Art. 2314 c. civ. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.
« Toute clause contraire est réputée non écrite.
« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

futures du débiteur (sarl X) envers la banque Y ». Conformément au droit du contrat (mais depuis 2021[1] en droit du cautionnement), l'absence de clause fixant une durée déterminée ou une date-butoir signifie que la caution s'engage à durée indéterminée, ce qui sera le cas le plus fréquent.

Conformément au droit commun du contrat (1211 c. civ.[2]), tout contrat conclu à durée indéterminée est (impérativement) un contrat précaire, que chaque partie peut unilatéralement rompre. Lorsque la caution veut rompre, et plus précisément *résilier son obligation de couverture*, les articles 2315 et 2316 c. civ. appliquent simplement au cautionnement le droit commun du contrat :

- la faculté unilatérale de résilier à tout moment doit être exercée dans le respect d'un préavis. Selon l'article 2315 c. civ. : « Lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. » Le délai raisonnable conduira le créancier à informer le débiteur qu'il doit trouver une nouvelle caution : le délai raisonnable est celui qui permet de trouver une nouvelle caution.
- La caution reste évidemment tenue de couvrir les dettes antérieures à la prise d'effet de la résiliation, dans la limite de son obligation de règlement. Selon l'article 2316 c. civ. : « Lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire. » La caution qui résilie ne sera donc libérée (définitivement) que lorsque la dernière échéance d'une des dettes couvertes aura été payée. Si, avant la prise d'effet de la résiliation, la banque a octroyé un crédit remboursable sur quinze ans, la caution reste tenue envers la banque de le couvrir.

Les articles 2315 et 2316 c. civ. sont donc simplement des illustrations du droit commun du contrat. En l'absence de clause fixant une durée déterminée à son engagement, la caution est, en principe, tenue de résilier (a), sauf exceptions (b) prévues par les articles 2317 et suiv., qui créent pour le créancier un risque spécifique.

[1] Avant l'ordonnance du 15 septembre 2021 (anc. art. 331-1 c. conso.), la caution personne physique engagée envers un créancier professionnel devait fixer la durée limitée dans le temps de son engagement par le biais de la mention manuscrite (en présence d'un contrat conclu par acte sous seing privé).

[2] Art. 1211 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »

a/ Le principe de l'obligation de résilier : *l'indifférence des mobiles de la caution*

142. Le **principe de l'obligation de résilier** un engagement conclu à durée indéterminée signifie que la caution ne doit en principe pas s'attendre à être informée par le créancier de la persistance de son obligation de couverture, lors de l'octroi de chaque crédit futur. Le dirigeant de sarl, quand il s'engage dans un contrat de cautionnement (exprès : art. 2294 c. civ.), comprend le sens et la portée de la couverture des dettes futures. La caution reste tenue, même quand la qualité qui expliquait son engagement cesse : le créancier n'a pas à tenir compte des mobiles qui serviraient de justification à l'engagement de la caution.

En pratique, une caution s'engage en raison d'un *lien personnel spécifique* qui la lie au débiteur. La caution est le dirigeant de la sarl, éventuellement le conjoint ou le partenaire. Lorsque le lien avec le débiteur disparaît (cession d'entreprise ou révocation du dirigeant ; rupture de couple), la caution doit donc se souvenir qu'elle s'est engagée (il y a longtemps, éventuellement) et qu'il faut résilier son engagement.

Le créancier n'est donc pas tenu de s'informer sur la persistance d'une qualité qui aurait servi de mobile à l'engagement de la caution. Juridiquement, le mobile[1] est indifférent car non entré dans le champ contractuel, sauf clause (dactylographiée) contraire, indiquant explicitement que « la caution s'engage en qualité de dirigeant de la sarl, aussi longtemps que cette qualité persiste ». Une caution qui ne résilie pas (parce qu'elle a oublié) est une caution imprudente. La solution est acquise en jurisprudence (Com. 8 nov. 1972[2] ; Com., 8 janv. 2008[3]).

La caution, engagée à durée indéterminée, ne pourra donc pas invoquer l'absence de cause (qui a disparu du droit du contrat en 2016), de but ou de justification à son obligation de couverture quand elle oublie de résilier. Il en va de même, y compris

[1] Art. 1135 al. 1er c. civ. : « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement. (...) ».

[2] Com., 8 nov. 1972, n°71-11.879, *Époux Lempereur,* Bull.n°278 ; D. 1973. 753, note P. Malaurie : « La cause de l'obligation de la caution était la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier, à savoir l'ouverture de crédit au débiteur »Dans cet arrêt, le débiteur principal était une société ; l'associé majoritaire s'était porté caution de la société qu'il dirigeait ; par la suite, devenue associé minoritaire et ayant perdue sa qualité de dirigeant social, la caution invoquait la disparition de la cause de son engagement, au regard des dettes nées postérieurement à sa révocation.

[3] Com., 8 janvier 2008, n°05-13.735 : « Ayant relevé qu'un dirigeant s'était rendu caution de toutes les dettes futures de la société qu'il dirigeait et que cet engagement à durée indéterminée ne cessait pas avant que la caution ne le révoque expressément, justifie sa décision de condamner ce dirigeant au titre de son engagement de caution la cour d'appel qui retient que ni le devoir d'information ni la bonne foi devant régir les relations entre la banque et la caution n'imposent à celle-là d'avertir l'ancien dirigeant de l'octroi d'un nouveau prêt consenti à la société après la cessation de ses fonctions, mais avant qu'il ne révoque son engagement. »

lorsque le créancier (professionnel) omet d'informer annuellement la caution, personne physique, de cette faculté (art. 2302 al. 2 c. civ.[1] ; infra).

143. Le **but de l'engagement** de la caution consiste à savoir pourquoi la caution s'engage envers le créancier à couvrir les dettes du débiteur. Le but (ancienne cause) a disparu en droit du contrat, mais les solutions ponctuelles dégagées par la jurisprudence en présence de contrats synallagmatiques ont été validées. En présence de contrats unilatéraux, et spécialement de sûretés personnelles, quelques arrêts ont été rendus.

En présence d'une dette présente, un arrêt isolé (Com., 17 mai 2017[2]) a admis de s'interroger sur le but que poursuivait le dirigeant de la société en liquidation judiciaire, lorsqu'il s'est porté caution. Pourquoi donc a-t-il bien pu engager son patrimoine personnel ? Ce cas de figure est rarissime.

b/ Les exceptions : *la cessation de l'obligation de couverture*

144. Les **exceptions** à l'obligation de résilier imposent au créancier de se tenir informé de la survenance d'un événement affectant le débiteur. Dès que cet événement lui devient opposable (par la publicité qui en est faite), la caution cesse de couvrir les dettes (futures) du débiteur, même lorsque son obligation de couverture a été stipulée à durée déterminée. Ces événements qui entraînent la résiliation de la couverture dettes futures affectent la caution (personne physique ou morale).

Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel qui *divorce*, l'article 1387-1 c. civ.[3] prévoit (depuis 2005) que la charge exclusive des dettes professionnelles pourra peser sur l'entrepreneur individuel, à l'exclusion du conjoint divorcé. La décision spéciale du

[1] Art. 2302 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.

« Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.

« Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise. »

[2] Com., 17 mai 2017, n°15-15.746, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n°24, p.21, note Christophe Albiges ; Bull. Joly sociétés 2017, p.468, note Eva Mouial-Bassilana ; JCP G 2017, chron. 842, spéc. n°4, note Yves-Marie Serinet ; RD banc. fin. 2017. Comm. 161, obs. D. Legeais ; Banque et Droit juill.-août 2017. 62, obs. N. Rontchevsky ; JCP 2017. 842, n°4, obs. Y.-M. Sérinet ; Denis Mazeaud, *Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de caus*e, D. 2017 p.1694.

[3] Art. 1387-1 c. civ. : « Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal judiciaire peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise. ».

tribunal judiciaire pourra conduire à résilier l'obligation de couverture[1] du conjoint divorcé de l'entrepreneur individuel.

La *disparition de la caution* donne lieu à des dispositions différentes selon que la caution est une personne physique ou morale.

– Lorsque la caution personne physique décède, « Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès. » (art. 2317 c. civ.[2]). La rédaction du texte ne distingue pas selon que l'obligation de couverture de la caution est à durée déterminée ou indéterminée : si la caution s'était engagée dans la limite d'une date-butoir (jusqu'au 31 décembre 2030), le décès de la caution avant cette date doit décharger les héritiers. Dès que le décès est opposable au créancier, il doit considérer que l'obligation de couverture cesse : toute clause contraire est interdite et réputée non écrite.

– Lorsque la caution personne morale disparaît à la suite d'une fusion ou d'une absorption, la société absorbante continue de couvrir les dettes futures. C'est du moins ce semble affirmer l'article 2318 al. 2 c. civ.[3] : « En cas de dissolution de la personne morale caution pour l'une des causes indiquées au premier alinéa, toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises. » Si la transmission porte sur « toutes les obligations issues du cautionnement », l'obligation de couverture semble devoir se poursuivre, à charge de la personne morale absorbante.

Les événements qui modifient substantiellement le patrimoine de la caution peuvent donc conduire à une résiliation de l'obligation de couverture, conclue à durée déterminée ou indéterminée. Le créancier doit s'en tenir informé.

145. Les **modifications affectant la personne (et le patrimoine) du débiteur ou du créancier** sont également de nature à exercer une influence sur l'obligation de couverture de la caution. Quand le créancier originaire prétend se faire remplacer par un

[1] La rédaction du texte incite à se demander si l'obligation de règlement pesant sur le conjoint divorcé pourrait également cesser.

[2] Art. 2317 c. civ. : « Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès.
« Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[3] Art. 2318 c. civ. : « En cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l'effet d'une fusion, d'une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l'article 1844-5 [dissolution par réunion de toutes les parts d'une société en une seule main], la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers ; elle ne garantit celles nées postérieurement que si elle y a consenti à l'occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance.
« En cas de dissolution de la personne morale caution pour l'une des causes indiquées au premier alinéa, toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises. »

nouveau créancier, la caution reste-t-elle tenue à son égard ? La même question se pose quand le débiteur originaire prétend se faire remplacer. Les solutions de droit commun donnent lieu à une solution curieuse, quand le débiteur ou le créancier sont des personnes morales.

En application du *droit commun,* fixé en régime général des obligations et en droit du contrat, le remplacement du créancier et du débiteur donnent lieu à des solutions opposées.

- En cas de *cession de créance*, la caution, engagée envers le cédant, continue de couvrir le cessionnaire (art. 1321 al. 3 c. civ.[1]). Dans le silence du contrat de cautionnement, le changement d'identité du créancier est une modification mineure : en dehors de la cession de créance proprement dite, et en application de la théorie de l'obligation réelle, la vente du local en cours de location imposera à la caution de payer le nouveau bailleur (ayant cause à titre particulier), lorsque le locataire cautionné est défaillant (A.P., 6 déc. 2004[2]).
- En revanche, la solution inverse s'applique, en application du droit commun, en présence d'un changement de débiteur. La caution garantit *le* débiteur (obligation strictement personnelle) : dès que le locataire cautionné est remplacé par un autre (même en présence d'une cession de contrat), l'obligation de couverture de la caution cesse. Si le bail est conclu pour trois ans, et que le locataire initial est remplacé par un autre après deux ans, la caution ne couvre que les dettes nées au cours des deux premières années (du chef du locataire cautionné).

En droit du cautionnement, l'article 2318 c. civ. prévoit une solution identique lorsque le débiteur est une personne morale ; curieusement, la même solution est adoptée lorsque le créancier est une personne morale.

- lorsque le *débiteur est une personne morale* dont le patrimoine disparaît à la suite d'une fusion, d'une absorption ou d'une dissolution (art. 2318 c. civ.[3]),

[1] Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. » Voir : Com. 5 février 2008, n°06-17.029 affirme que « (...) la cession de créance transfère au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée, notamment le titre exécutoire obtenu par le cédant à l'encontre de la caution garantissant le paiement de la créance. »

[2] A.P., 6 déc. 2004, n°03-10.713, Bull. A.P., n°520 ; D. 2005, p.227 à 229, note Laurent Aynès ; D. 2005.AJ.70 à 72, obs. Valérie Avena-Robardet ; RTDCom. 2005.51, obs. Joël Monéger: « En cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée ».

[3] Art. 2318 c. civ. : « En cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l'effet d'une fusion, d'une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l'article 1844-5 [dissolution par réunion de toutes les parts d'une société en une seule main], la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers ; elle ne garantit celles nées postérieurement que si elle y a consenti à l'occasion de cette

l'obligation de couverture de la caution cesse. Selon le texte, « la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers » : dès que la société débitrice est absorbée, la caution cesse de couvrir les dettes futures (que l'engagement de la caution ait été conclu à durée déterminée ou non). La solution est logique : c'est une application du droit commun.

– Lorsque le *créancier est une personne morale* dont le patrimoine disparaît à la suite d'une fusion, d'une absorption ou d'une dissolution, l'article 2318 c. civ. affirme que la caution cesse également de couvrir les dettes futures. Pourquoi donc appliquer le régime de l'obligation personnelle à un accessoire de la créance et établir une dérogation au droit commun ? Le texte, curieux (en raison d'une erreur de rédaction ?), permet néanmoins la clause contraire.

Le remplacement du créancier ou du débiteur par un tiers est de nature à avoir un impact sur la caution. L'obligation de couverture de la caution cesse quand le débiteur change ; sauf exception (curieuse), elle persiste en présence d'un changement de créancier.

146. Le créancier doit donc se tenir au courant de la survenance d'**événements ayant un impact sur l'obligation de couverture de la caution**. Il faut distinguer selon la caution est une personne physique ou morale :

– En présence d'une caution personne physique, son obligation de couverture cesse de plein droit en cas de décès (art. 2317 c. civ.) ; sur décision du tribunal en cas de divorce (art. 1387-1 c. civ.) et en cas de remplacement du débiteur par un autre. Elle continue de couvrir le nouveau créancier (cessionnaire).

– En présence d'une caution personne morale, son obligation de couverture se poursuit quand survient une fusion ou une absorption ; elle cesse, sauf clause contraire, quand le débiteur ou le créancier changent (à la suite d'une fusion ou absorption).

Ces événements (ayant pour trait commun de modifier substantiellement le patrimoine) ont donc un effet différencié selon que la caution est une personne morale ou physique.

---

opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance.
« En cas de dissolution de la personne morale caution pour l'une des causes indiquées au premier alinéa, toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises. »

Les clauses réputées non écrites ont un domaine d'application restreint (décès de la caution) et parfois même problématique …

2/ La renonciation de la caution au recours subrogatoire : *une clause contraire à l'ordre public*

147. La renonciation de la caution au recours subrogatoire est réputée non écrite (art. 2314 al. 2 c. civ.[1]). L'ordre public interdit à la caution de renoncer à son recours subrogatoire, puisque la subrogation est légale ; mais les parties peuvent convenir de limiter les sûretés réelles à prendre par le créancier.

On sait que, en régime général des obligations, la *subrogation* consiste à transmettre au tiers-payeur (la caution, en l'occurrence) les obligations réelles (et notamment les sûretés réelles) attachées à l'obligation payée. Si le créancier, payé par le tiers-payeur, disposait d'une hypothèque, celle-ci sera transmise au tiers-payeur, soit en présence d'une subrogation légale, soit en présence d'une subrogation contractuelle.

- La subrogation légale est établie par une législation impérative : la caution qui a payé le créancier bénéficie légalement de la subrogation (art. 2309 c. civ.[2]). Aucune clause contraire n'est autorisée (art. 2314 al. 2 c. civ.)
- En présence d'une subrogation légale, contrairement à ce qui se passe dans la subrogation contractuelle, le créancier est tenu d'un devoir (impératif) envers la caution : s'il détient ou doit détenir une sûreté réelle sur le débiteur, il doit systématiquement la transmettre à la caution (Mixte, 17 nov. 2006[3]).

La *liberté contractuelle dont disposent le créancier et la caution* permet néanmoins de préciser, par une clause explicite, l'attente contractuelle de la caution, au titre de son recours en remboursement contre le débiteur.

- La caution peut donc convenir avec le créancier qu'un gage ou une hypothèque sera prise (par le créancier) sur le débiteur (Civ. 1ère, 17 octobre 1995[4]) ; quand la caution renonce au bénéfice de discussion, la sûreté lui sera

[1] Art. 2314 c. civ. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.
« Toute clause contraire est réputée non écrite.
« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

[2] Art. 2309 c. civ. : « La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

[3] Mixte, 17 nov. 2006, n°04-19123, Bull. mixte n°10.

[4] Civ. 1ère, 17 oct. 1995, Bull. n°366 : « la caution n'est libérée, lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, que si ces garanties existaient antérieurement au contrat de cautionnement ou si le créancier s'était engagé à les prendre. » (…); « il ne résultait ni de l'acte de cautionnement antérieur au contrat de prêt ni d'aucun autre élément de preuve que la BRED se fût engagée envers M. Hoarau à prendre une sûreté sur les biens de l'emprunteur ».

transmise, de sorte que la caution sera effectivement remboursée par le débiteur, même si ce dernier est insolvable (infra).

– La liberté contractuelle des parties peut également conduire la caution à ne rien réclamer au créancier (Com., 19 déc. 2006[1]). Une clause explicite pourra prévoir que le créancier s'abstiendra de faire peser sur le débiteur les frais d'une hypothèque à inscrire (hypothèque légale spéciale du prêteur de deniers[2] : infra n°614) ; ou que la sûreté réelle prise sur le débiteur portera sur un bien dont la valeur ne correspondra qu'à une fraction de l'obligation de règlement de la caution. Une clause contractuelle peut donc prévoir que la sûreté réelle sera absente ou ne garantira que partiellement le recours en remboursement (solution validée par l'article 2433 c. civ.[3], depuis l'ordonnance de 2021).

– La caution peut également nourrir une attente contractuelle implicite. Elle peut légitimement s'attendre à ce qu'une banque inscrive son hypothèque légale spéciale (Civ. 1ère, 3 avril 2007[4]) : la banque doit alors convenir explicitement avec la caution que cette sûreté ne sera pas prise (afin de réduire les frais pesant sur le débiteur) et l'informer de la portée de cette renonciation (au titre de l'information loyale due par le contractant professionnel[5] : art. 1112-1 c. civ.[6]).

Lorsqu'elle s'engage, la caution peut renoncer à la prise de sûretés réelles sur le débiteur, mais elle ne peut pas renoncer à son recours subrogatoire.

---

[1] Com., 19 déc. 2006, n°04-19.643, Bull. n°267 : « sauf clause contraire, la constitution d'un gage sur le véhicule acquis à l'aide d'un prêt ne constitue pas une obligation, mais une simple faculté pour le prêteur ».

[2] Art. 2402 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes : (...)

2° La créance de celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble est garantie sur celui-ci pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi, et par la quittance du vendeur que ce paiement a été fait des deniers empruntés ; (...) ».

[3] Art. 2433 c. civ. : « S'il n'y a stipulation contraire, les frais des inscriptions, dont l'avance est faite par l'inscrivant, sont à la charge du débiteur, et les frais de la publicité de l'acte de vente, qui peut être requise par le vendeur en vue de l'inscription de son hypothèque légale, sont à la charge de l'acquéreur. »

[4] Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12531, Bull. n°138 ; D. 2007, p. 1136 à 1137, obs. (critiques) Valérie Avena-Robardet. L'arrêt (isolé, semble-t-il) retient que la caution peut implicitement s'attendre à ce que le créancier, prêteur de deniers, inscrive sa sûreté immobilière légale spéciale (impliquant des frais de publication important).

[5] *Droit du contrat*, n°435 et suiv.

[6] Art. 1112-1 c. civ. : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

« Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

« Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

« Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

« Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

« Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

La clause de renonciation au recours subrogatoire est réputée non écrite (art. 2314 al. 2 c. civ.). À ce titre, elle peut être *assimilée à une clause abusive*. Une telle clause créerait un déséquilibre significatif au détriment de la caution, en raison du comportement anormal que le créancier s'autoriserait à adopter. En substance, lorsque la sûreté réelle existe (même si la caution ignorait son existence), elle doit lui être transmise.

- Ce devoir impératif qui pèse sur le créancier n'existe que dans le cautionnement (et non pas dans les autres sûretés personnelles).
- *Réputée non écrite*, le juge lira le contrat de cautionnement en occultant la clause, quel que soit le laps de temps écoulé entre la conclusion du cautionnement et le moment où le créancier exerce son action en paiement : techniquement, la clause est inexistante, de sorte que la caution n'a pas à exercer une action en nullité.

(148. : réservé)

Conclusion du §1er/ L'objet du cautionnement

149. L'**objet du cautionnement** impose donc aux parties de définir les obligations (essentielles) pesant sur la caution envers le créancier : la caution précise explicitement les dettes couvertes et le montant de son obligation de règlement.

Pour le reste, le silence de la convention signifie que :

- Le créancier déclenche sa garantie en cas d'insolvabilité du débiteur (cautionnement simple), sauf à convenir de son déclenchement dès la mise en demeure infructueuse (cautionnement solidaire).
- La caution couvre les restitutions, lorsque l'obligation principale est annulée ou résolue, ainsi que les frais et intérêts de retard (dans la limite de son obligation de règlement) ;
- La caution ne s'attend pas à ce que le créancier prenne des sûretés réelles spécifiques sur le débiteur. Mais, en présence d'un créancier professionnel, la caution s'attend à la prise des sûretés réelles courantes.

Le créancier, pour sa part, doit éviter certains pièges juridiques :

– il doit vérifier la proportionnalité de l'engagement de la caution personne physique, faute de quoi l'obligation de règlement de la caution sera réduite. Le chiffrage de l'obligation de règlement est obligatoire ;

– il doit se tenir informé de la survenance d'événements ayant pour effet de modifier le patrimoine de la caution personne physique (décès ; divorce) ou celui du débiteur (personne morale) ;

– si le créancier détient une sûreté réelle sur le débiteur, il doit la conserver afin de pouvoir la transmettre à la caution. Il doit convenir explicitement avec la caution qu'une sûreté réelle habituelle ne sera pas prise et informer loyalement la caution des conséquences de l'absence de recours subrogatoire.

L'objet du contrat de cautionnement est donc fixé par deux clauses essentielles, semble-t-il. La réalité juridique est plus complexe, car le consentement (de la caution, notamment) obéit à une réglementation précise.

§2ème/ Le consentement des parties au cautionnement

150. Le **consentement des parties au contrat de cautionnement**, conclu entre la caution et le créancier, suit le mécanisme applicable à tout contrat. L'existence d'un consentement mutuel est exigé ; ce consentement doit être exprimé et dépourvu de vice.

L'existence du *consentement mutuel* des deux parties, caution et créancier, est exigée puisque le cautionnement est un contrat, et non pas un engagement unilatéral de la caution. L'offre de la caution n'est pas un engagement unilatéral : le créancier doit accepter.

L'*expression du consentement de la caution* sera réglée. Le législateur impose (exceptionnellement) des conditions de forme que le créancier a intérêt à connaître, faute de quoi il risque de disposer d'un titre dépourvu de valeur.

Enfin, une troisième série de règles (plus communes) conduira à imposer au créancier de *délivrer certaines informations* (désagréables), notamment afin d'éviter une erreur de la caution (lorsque la situation du débiteur est délabrée). Là encore, si le créancier ne respecte pas son devoir d'information, il risque de disposer d'un titre sans valeur.

En droit du cautionnement, le consentement des parties au contrat de cautionnement fait apparaître quelques singularités : l'existence du consentement mutuel des parties (I)

prendra une forme spécifique avec l'expression de son consentement (mention manuscrite) (II), lorsque des informations convenables ont été délivrées par le créancier afin d'éviter un vice du consentement de la part de la caution (III).

I/ L'existence du consentement au contrat de cautionnement

151. L'**existence du consentement au contrat de cautionnement** sera acquise (classiquement) par la rencontre des volontés, lorsque le créancier accepte l'offre présentée par la caution. Le contrat de cautionnement étant conclu en considération de la personne (de la caution), le créancier devra l'agréer.

L'*agrément de la caution* par le créancier débouchera sur l'acceptation de ce dernier quand il estime qu'il peut avoir suffisamment confiance en la parole de la caution. Le contrat de cautionnement est donc, pour le créancier, conclu en considération de la personne (de la caution). L'inverse n'est pas vrai : la caution s'engage envers un créancier (interchangeable). Il s'ensuit qu'en présence d'une cession de créance, la caution engagée envers le cédant reste tenue envers le cessionnaire (supra n°144).

La considération de la personne de la caution conduira le créancier à accepter purement et simplement la caution ou à opposer un refus face à une caution perçue comme non fiable ou encore à exiger un contre-cautionnement (de sorte qu'en cas de défaillance de la caution, la contre-caution devra payer[1] : supra n°103). On note qu'en droit des baux d'habitation, le législateur cherche à limiter la liberté de refus du créancier.

L'acceptation du créancier aura lieu lorsqu'il aura effectué deux types de vérification, sur les pouvoirs de la caution (1), ainsi que sur sa solvabilité (2).

> **151-1.** Le cautionnement conclu pour garantir un locataire dans le cadre de la **loi n°89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation** est soumis à des règles qui montrent une hostilité nette envers le bailleur (art. 22-1[2]).

[1] Art. 2291 c. civ. : « On peut se porter caution, envers le créancier, de la personne qui a cautionné le débiteur principal. »

[2] Art. 22-1 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 (mod. par ord. n°2021-1192 du 15 septembre 2021) : « Le cautionnement ne peut pas être demandé, à peine de nullité, par un bailleur qui a souscrit une assurance, ou toute autre forme de garantie, garantissant les obligations locatives du locataire, sauf en cas de logement loué à un étudiant ou un apprenti. Cette disposition ne s'applique pas au dépôt de garantie mentionné à l'article 22.

« Si le bailleur est une personne morale autre qu'une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, le cautionnement ne peut être demandé que :

- s'il est apporté par un des organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat ;
- ou si le logement est loué à un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur.

« Lorsqu'un cautionnement pour les sommes dont le locataire serait débiteur dans le cadre d'un contrat de location conclu en application du présent titre est exigé par le bailleur, celui-ci ne peut refuser la caution présentée au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française ou qu'elle ne réside pas sur le territoire métropolitain.

« Lorsque le cautionnement d'obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée du cautionnement est stipulée indéterminée, la caution peut

Une cause spécifique de nullité du cautionnement (art. 22-1 al. 1er) est encourue quand le bailleur a obtenu une garantie de paiement des loyers. Le garant des loyers fait alors écran avec le locataire : mais le texte n'interdit pas au garant des loyers d'imposer un cautionnement au locataire.

Certains bailleurs ne peuvent pas refuser certaines cautions (publiques), même si ces organismes n'inspirent pas confiance au bailleur (art. 22-1 al. 2).

Le créancier (bailleur) ne peut refuser une caution au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française ou qu'elle ne réside pas sur le territoire français (art. 22-1 al. 3). Le bailleur, s'il décide d'exprimer ses motifs de refus, prend donc un risque, même s'il tente d'expliquer que l'exercice d'une action en paiement transfrontière présente des aléas trop importants.

Le bailleur est exposé à des écueils juridiques qui semblent indiquer que le paiement de ce méchant créancier n'est pas utile. Les mobiles exacts du législateur interrogent.

1/ Les pouvoirs de la caution

152. Les pouvoirs de la caution donnent lieu à un contrôle du créancier qui doit s'assurer de la valeur de l'offre présentée par la caution. Elle doit être valide et correspondre à un engagement véritable.

La *capacité* de la caution sera acquise quand elle dispose du pouvoir d'engager son patrimoine ou le patrimoine qu'elle représente. Ces règles sont sanctionnées par la nullité.

Le *pouvoir d'engagement* de la caution, proprement dit, permet l'identifier les masses de biens et revenus qui figureront dans le droit de gage général du créancier, dans l'hypothèse où le créancier devrait recourir à l'exécution forcée contre la caution. Ces règles sont sanctionnées par une limitation du droit de gage général du créancier.

Le contrôle exercé par le créancier portera donc sur deux objets : les règles relatives à la capacité de la caution (a) et celles relatives au pouvoir de s'engager (b).

a/ La capacité requise pour se porter caution

153. La **capacité requise pour se porter caution** obéit à des règles spécifiques, propres au contrat de cautionnement, en raison du danger spécifique que présente le cautionnement. Ce contrat n'est pas quelconque, ni pour les personnes physiques, ni pour les personnes morales.

le résilier unilatéralement. La résiliation prend effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat reconduit ou renouvelé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation.

« La personne physique qui se porte caution signe l'acte de cautionnement faisant apparaître le montant du loyer et les conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, ainsi que la reproduction de l'avant-dernier alinéa du présent article. La caution doit apposer la mention prévue par l'article 2297 du code civil. Le bailleur remet à la caution un exemplaire du contrat de location. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement. »

Pour les *personnes physiques* se portant caution, le droit des incapacités prévoit que le cautionnement est assimilé à un acte de disposition à titre gratuit, et non pas à un contrat quelconque[1]. Les mineurs et majeurs en tutelle ne peuvent donc pas, en principe, se porter caution, ni pour un tiers, ni pour leur représentant légal, sauf autorisation spéciale du conseil de famille ou du juge des tutelles.

En *droit des sociétés*, des règles dérogatoires (relevant du droit spécial du cautionnement) sont aussi prévues.

– Quelle que soit la forme sociale de la société, certains cautionnements sont purement et simplement interdits : la société, personne morale, n'a pas vocation à cautionner les dettes personnelles d'un associé ou celles d'un membre de sa famille[2] ; selon la même logique, le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel ne peut pas cautionner son patrimoine personnel (art. 526-22 al. 3 c. com.[3]). Selon la formulation (évolutive) retenue en jurisprudence (Civ. 1ère, 8 nov. 2007[4]), « le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée, ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés. ». À défaut, le cautionnement est nul. Il le sera également, lorsque le cautionnement s'avère contraire à l'intérêt social[5].

[1] Art. 505 c. civ. (loi n°2007-308 du 5 mars 2007) : « Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée ».

[2] Art. L 223-21 c. com. (chap. 3, des sociétés à responsabilité limitée) : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. (...). / L'interdiction s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée. / (...). »

Art. L 225-43 (chap. 4, sociétés par action) et L 225-91 (SA à conseil de surveillance) c. com. : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. / (...) / La même interdiction s'applique (...) aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée. (…) ».

[3] Art. L. 526-22 c. com. : « L'entrepreneur individuel est une personne physique qui exerce en son nom propre une ou plusieurs activités professionnelles indépendantes.

« Les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. Sous réserve du livre VI du présent code, ce patrimoine ne peut être scindé. Les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel non compris dans le patrimoine professionnel constituent son patrimoine personnel.

« La distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal. (...) ». La rédaction de cet aliéna 3 est obscure : une distinction qui « n'autorise pas » l'entrepreneur à se porter caution ; une dette « dont il est débiteur principal », mais à quel titre ?

[4] Civ. 1ère, 8 nov. 2007, n°04-17.893, Bull. n°345 : « Le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée, ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés. »

[5] Com., 23 septembre 2014, n°13-17.347, Bull. n°142 ; D. 2015, p. 140, note D. Robine ; AJDI 2015, p. 217, obs. S. Porcheron ; Rev. Sociétés 2014, p. 714, note A. Viandier ; RTD com. 2015, p. 123, obs. M.-H. Monsèrié-Bon ; D., 2014, p. 1938 : (abstrat) « N'est pas valide la sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un

– Le pouvoir d'un dirigeant social d'engager la société par un cautionnement dépend également du *type de société*.

– Dans les sociétés anonymes, les organes de direction (conseil de surveillance ou conseil d'administration) doivent fixer les limites dans lesquelles le président peut accorder caution : à défaut d'autorisation[1], au-delà du plafond (obligation de règlement) ou de la durée déterminée (obligation de couverture) fixé dans l'autorisation, la société anonyme n'est pas engagée. La limitation de pouvoir est opposable au créancier, même si ce dernier se prévaut de l'apparence ou de sa bonne foi (croyance erronée)[2].

– Dans les sociétés civiles et les sociétés de personnes (sociétés en nom collectif[3]), le cautionnement n'est licite que s'il est conforme à l'objet social.

– Dans les sarl le cautionnement est possible, même si le gérant dépasse ses pouvoirs sociétaires à l'égard des créanciers de bonne foi[4].

Les règles restrictives relatives à la capacité imposent au créancier de vérifier que l'offre de cautionnement présentée par une personne physique ou morale n'émane pas d'un incapable. Si tel est le cas, la nullité relative (nullité protectrice) risque d'être invoquée par la caution, une fois venu le temps du paiement et le créancier disposera d'un titre sans valeur. Les règles relatives au pouvoir ont un objet différent.

---

associé dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle est contraire à l'intérêt social, et ce, même lorsque l'acte entre dans son objet statutaire ».

[1] Com., 15 janvier 2013, n°11-27.648, Bull. n°11 ; D., 2013, p. 624 à 627, note Bruno Dondero.

[2] Art. L 225-35 c. com. (chap. 4, sociétés par actions) : « (…)/ Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve./ (…) / Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés (...) font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers. » Art. L 225-68 (chap. 4, sociétés par action dirigée par conseil de surveillance) : « (…)/ Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance la conclusion des opérations qu'ils énumèrent. Toutefois, la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations, la constitution de sûretés, ainsi que les cautions, avals et garanties, sauf dans les sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier, font l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers. »

[3] Art. L 221-5 c. com. (chap. I, société en nom collectif) : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. » Mais Civ. 3e, 12 sept. 2012, n°11-17.948 admet la validité du cautionnement, « qui n'entre pas dans son objet social, (...) s'il n'est pas contraire à son intérêt social. »

[4] Art. L 223-18 al. 5 et 6 c. com. (chap. III, société à responsabilité limitée) : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus (...). La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. / Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. »

b/ Le pouvoir d'engagement de la caution *: le patrimoine de la famille*

154. Le **pouvoir d'engagement de la caution** conduira à limiter le droit de gage général du créancier sur les biens de la caution, en l'occurrence d'une personne physique mariée sous un régime communautaire.

Si l'ensemble de la fortune des époux doit être affecté au paiement de la dette d'un tiers (ce qui est possible), le législateur exige que le conjoint, commun en biens, donne son accord. Le créancier pourra alors saisir l'ensemble des biens communs.

- Lorsqu'un époux est associé dans une société de personne, l'article 1415 c. civ. ne s'applique pas[1]. Les dettes sont soumises au régime de l'article 1413 c. civ.
- L'article 1415 c. civ. ne s'applique qu'au contrat de cautionnement ponctuellement conclu envers un créancier déterminé.

Ces règles spécifiques relatives au pouvoir ne valent qu'en présence d'un régime communautaire (applicable à plus de 90% des personnes mariés, puisque ce régime est supplétif de volonté) pour une raison de fond. Les biens communs sont entièrement engagés (droit de gage général) par le contrat conclu par un époux seul. En présence d'un régime séparatiste, applicable notamment aux partenaires pacsés, le partenaire qui s'engage personnellement n'affecte que sa quote-part au droit de gage général de son créancier. La différence est nette : un époux engage l'immeuble (d'une valeur de 200.000€), alors qu'un partenaire n'engage que sa quote-part indivise (soit la moitié de la valeur de l'immeuble indivis).

En droit des régimes matrimoniaux (communauté légale), l'article 1415 c. civ.[2] prévoit deux hypothèses, centrées sur l'accord du conjoint, notion distincte de son consentement (proprement dit) (schéma 2.8).

- Lorsque le cautionnement est consenti par un *époux seul*, le cautionnement est valable, mais le créancier n'a accès qu'à certains biens (droit de gage général réduit). Le créancier ne pourra saisir que les biens propres (acquis par héritage) de son cocontractant, ainsi que ses revenus (un mois de salaire, tous les mois, jusqu'à ce que la dette soit payée). La famille devra donc se contenter d'un seul salaire (celui du conjoint n'ayant pas consenti) pour faire

[1] Manuella Bourassin, *Droit des sûretés*, éd. Lefevre Dalloz, coll. Sirey Université, 9e éd., 2026, n°469, p.354.

[2] Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

face à ses besoins. Sont exclus du droit de gage général du créancier les biens acquis par le couple (biens communs), à savoir la fortune familiale (et notamment son logement, actif le plus notable pour la plupart des ménages propriétaires).

– Pour avoir accès aux biens communs, le créancier doit obtenir (valablement[1]) l'*accord du conjoint*[2] de l'époux qui se porte caution. Le créancier peut alors saisir outre les revenus et propres de l'époux qui s'est porté caution (première hypothèse), les biens communs, ainsi que les revenus du conjoint qui donne son accord, à l'exclusion des biens propres de l'époux qui donne son accord (droit de gage étendu)[3]. Le ménage vivra avec la fraction insaisissable des deux salaires (pour faire face aux besoins fondamentaux) et de la vente des biens hérités par le conjoint donnant son accord.

– Une troisième hypothèse est possible : l'époux et son conjoint peuvent chacun consentir et se porter caution. Le droit de gage général du créancier comprend alors tous les biens communs et les propres de ses deux cautions[4] : l'article 1415 c. civ. ne s'applique pas[5]. Les deux conjoints se portant caution devront évidemment chacun respecter l'exigence de la mention manuscrite (infra)[6].

En régime communautaire, la limitation du droit de gage général du créancier produit donc un effet relativement mesuré. Lorsqu'un époux s'engage seul comme caution, le créancier devra se contenter d'un paiement tardif (en saisissant un mois de salaire chaque mois) ; la famille vivra sur le salaire du conjoint. Si le conjoint donne son accord, le créancier saisit le logement (et les autres biens communs) ainsi que les

[1] Com., 29 septembre 2021, n°20-14.213, Bull. ; D. 2021 p.1764 : « Lorsque les cautionnements d'époux communs en biens ont été recueillis au sein du même acte pour garantir la même dette et que l'un des cautionnements est annulé, la seule signature au pied de cet engagement ne vaut pas consentement exprès au cautionnement de l'autre conjoint, emportant engagement des biens communs en application de l'article 1415 du code civil. » ; Com., 5 novembre 2025, n°24-18.984 (n° 543 F-B), Bull. ; D. 2025 p.1924.

[2] L'accord du conjoint n'est pas soumis à la mention manuscrite de l'art. 1376 c. civ.

[3] « L'accord » du conjoint est donc interprété de manière restrictive : le terme contient une réserve, à savoir que le créancier n'a pas accès aux biens propres du conjoint qui donne son accord.

[4] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°91, p.91.

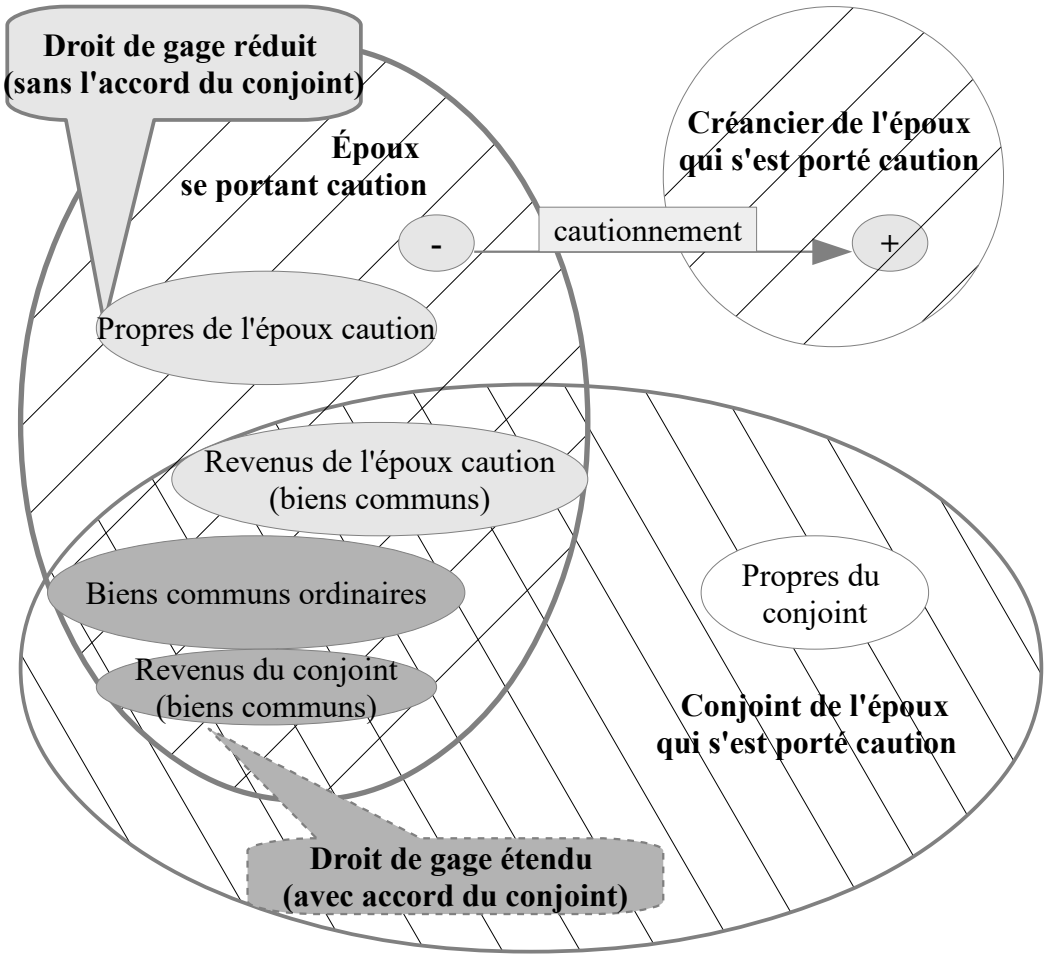
[5] Com., 5 février 2013, n°11-18.644, Bull. n°22 : les époux « se sont engagés en termes identiques sur le même acte de prêt en qualité de caution pour la garantie de la même dette ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'ils s'étaient engagés simultanément, la cour d'appel en a exactement déduit que l'article 1415 du code civil n'avait pas vocation à s'appliquer (...) ».

[6] Avec une conséquence propre : si le cautionnement donné par l'un des conjoints est nul, celui donné par l'autre sera effectué en son nom personnel (avec donc une limitation du pouvoir de saisie du créancier). Com., 29 septembre 2021, n°20-14.213, préc.; Com., 5 novembre 2025, n°24-18.984, préc.

revenus des deux conjoints : la famille vivra dans la pauvreté, tant que la dette ne sera pas remboursée.

Schéma 2.8

Droit de gage général du créancier d'un époux commun en biens



154-1. L'interférence entre le **droit des régimes matrimoniaux** et le droit du cautionnement s'explique par le fait que l'un et l'autre ont pour objet de réaliser une association plus ou moins intense à des dettes communes.

Dans le *régime communautaire*, chaque dette exposée par un époux est exécutoire normalement sur les biens communs ordinaires (art. 1413 c. civ.[1]) : peu importe qui a financé leur acquisition,

[1] Art. 1413 c. civ. : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

soit l'époux ayant exposé la dette, soit son conjoint. L'assiette du droit de gage général dont dispose le créancier est normalement large : il peut saisir tous les biens communs, ainsi que les biens propres de l'époux qui a exposé la dette. Certes, il peut arriver qu'une dette soit exposée dans l'intérêt personnel d'un époux : peu importe pour le créancier impayé, puisque l'ensemble des biens communs le garantit ; les époux régleront leurs comptes entre eux (les récompenses ayant la même fonction que le recours en remboursement de la caution contre le débiteur, ou que le recours du coobligé solidaire contre celui qui a profité personnellement de la dette, art. 1318 c. civ.[1]). La communauté associe les conjoints au passif et à l'actif créé en commun, normalement à titre définitif ; le cautionnement associe provisoirement à la dette d'autrui.

Lorsque les époux sont soumis à un *régime séparatiste*, l'association des époux est nettement moins intense. Chaque époux n'engage que ses biens propres, mais les biens acquis sont fréquemment soumis au régime de l'indivision. Il en va de même avec les *partenaires* enregistrés (art. 515-5-1 c. civ.[2]). L'époux (sous régime séparatiste) ou le partenaire qui se porte seul caution engage ses propres, ce qui inclut sa quota-part dans les biens indivis : la fortune familiale indivise ne sera engagée que pour moitié. En droit français, l'accord du conjoint alors n'est pas exigé ; en droit suisse, l'accord du conjoint ou partenaire est exigé, sans faire référence au régime matrimonial adopté par le couple[3].

2/ Le contrôle de la solvabilité de la caution

155. Le **contrôle de la solvabilité de la caution** a lieu lors de la conclusion du contrat de cautionnement, de manière différenciée selon la source de la condition imposée au débiteur. Dans le cadre d'un cautionnement dit conventionnel, c'est au créancier de vérifier la solvabilité de la caution que lui présente le débiteur ; dans le cadre d'un cautionnement dit légal ou judiciaire, la solvabilité de la caution sera également contrôlée pour le compte du créancier.

Dans le cadre d'un cautionnement dit *conventionnel*, le créancier prend les renseignements qu'il juge utile, mais il a intérêt, dans un cas particulier, à conserver la preuve des contrôles effectués.

– un *créancier quelconque qui accepte une caution quelconque* pourra soit se contenter de la réputation de la caution (une banque connue ; …), soit obtenir communication des documents précisant la fortune et les revenus de la caution.

[1] Art. 1318 c. civ. : « Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui. » Le mécanisme s'applique également en droit des régimes matrimoniaux. » Infra, n°347 et suiv. (obligation solidaire)

[2] Art. 515-5-1 c. civ. (issu de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006) : « Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément (…). »

[3] Art. 494 c. des obl. (suisse) : « 1 Une personne mariée ne peut cautionner valablement qu'avec le consentement écrit de son conjoint donné préalablement ou au plus tard simultanément dans l'espèce, à moins que les époux ne soient séparés de corps par jugement. (…) 4 Le présent article s'applique par analogie aux partenaires enregistrés. »

La solvabilité de la caution apparaîtra alors (en tenant compte des biens exclus du droit de gage général du créancier : supra). La décision du créancier d'accepter ou de refuser la caution présentée par le débiteur s'effectue intuitu personae.

– En présence d'une *caution, personne physique, le créancier professionnel* conservera la fiche de renseignement remplie par la caution personne physique, afin d'éviter un litige pénible sur le caractère manifestement disproportionné du montant de l'obligation de règlement par rapport aux facultés actuelles de la caution personne physique (au moment où elle s'engage). On sait que le créancier professionnel subit une déchéance (la caution n'ayant à payer que le montant proportionné à sa fortune, lors de la conclusion de son engagement) (art. 2300 c. civ.[1], supra n°119).

Dans le cadre d'un cautionnement dit légal ou judiciaire, la solvabilité de la caution est également contrôlée pour le compte du créancier. Si le débiteur ne trouve pas de caution, une sûreté réelle équivalente peut être fournie.

– Selon l'article 2301 al. 1er c. civ.[2] : « La personne qui s'oblige au titre d'un cautionnement légal ou judiciaire doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre de l'obligation. » Dans le cautionnement dit légal, les comptes de la caution sont contrôlés spécifiquement (puisque le créancier bénéficie fréquemment d'une stipulation pour autrui) ; dans le cautionnement dit judiciaire, le juge contrôle la solvabilité de la caution présentée

– Selon l'article 2301 al. 3 c. civ. « Le débiteur peut substituer au cautionnement légal ou judiciaire une sûreté réelle suffisante. » Si le débiteur ne trouve personne pour se porter caution pour lui, le débiteur devra être propriétaire d'un bien de valeur suffisante pour l'offrir en garantie de l'exécution de son obligation. La même solution est évidemment possible en présence d'un cautionnement dit conventionnel, dans lequel tout est affaire de volontés privées.

[1] Art. 2300 c. civ. : « Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. »

[2] Art. 2301 c. civ. : « La personne qui s'oblige au titre d'un cautionnement légal ou judiciaire doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre de l'obligation.
« Si cette caution devient insolvable, le débiteur doit lui substituer une autre caution, sous peine d'être déchu du terme ou de perdre l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement.
« Le débiteur peut substituer au cautionnement légal ou judiciaire une sûreté réelle suffisante. »

156. Après la conclusion du contrat, le **remplacement d'une caution devenue insolvable** est prévu par l'article 2301 al. 2 c. civ.[1] : « Si cette caution devient insolvable, le débiteur doit lui substituer une autre caution, sous peine d'être déchu du terme ou de perdre l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement. »

Le remplacement de la caution insolvable par une autre caution est prévu dans le cadre du cautionnement dit légal ou judiciaire, mais la solution doit être étendue au cautionnement dit contractuel. Si la caution ne peut plus garantir qu'une fraction de son obligation de règlement, une autre caution (solvable) pourra lui être adjointe, pour garantir la fraction manquante.

La *sanction infligée* au débiteur qui ne remplace pas une caution devenue insolvable est prévue à l'alinéa 2, mais avec une limite.

- Si la caution devenue insolvable n'est pas remplacée, le contrat conclu à exécution successive sera résilié : le locataire qui ne remplace pas la caution subira la rupture du bail ; l'emprunteur devra rembourser immédiatement toutes les échéances futures de son crédit. C'est la déchéance du terme prononcée envers le débiteur (bénéficiant du terme), solution prévue en régime général des obligations, lorsqu'est détruite ou altérée une sûreté (art. 1305-4 c. civ.[2]).
- La limite prévue consiste à permettre au débiteur (probablement parce qu'il ne trouve aucune caution qui consente à s'engager, même moyennant finance) de proposer une substitution de sûreté : selon l'article 2301 al. 3 c. civ., « Le débiteur peut substituer au cautionnement légal ou judiciaire une sûreté réelle suffisante. » Cette substitution de sûreté est une novation : une ancienne obligation est remplacée par une nouvelle. Le caractère « suffisant » de la sûreté réelle sera apprécié par le créancier, en présence d'un cautionnement dit conventionnel, quand il accepte.

(157. et 158. : réservés)

[1] Art. 2301 c. civ. : « La personne qui s'oblige au titre d'un cautionnement légal ou judiciaire doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre de l'obligation.
« Si cette caution devient insolvable, le débiteur doit lui substituer une autre caution, sous peine d'être déchu du terme ou de perdre l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement.
« Le débiteur peut substituer au cautionnement légal ou judiciaire une sûreté réelle suffisante. »

[2] Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n°245 et suiv.

159. Les **contrôles effectués par le créancier** conduiront ce dernier à accepter l'engagement de la caution proposée par le débiteur quand cette caution peut engager le patrimoine qu'elle représente, si ce patrimoine inclut suffisamment de bien saisissables. La solvabilité de la caution est alors vérifiée. Reste au créancier de vérifier que la caution exprime correctement sa volonté.

II/ L'expression du consentement *: la mention écrite par la caution*

160. L'**expression du consentement** sera manifestée par la signature des deux parties, créancier et caution. L'acceptation du créancier ne présente aucune singularité ; en revanche, l'offre de la caution (figurant dans un acte sous seing privé) doit répondre à des exigences spécifiques. Depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021, il faut distinguer selon que la caution est une personne physique, soumise à une règle de forme, ou une personne morale, soumise au droit commun de la preuve.

La caution personne physique qui s'engage envers un créancier quelconque (professionnel ou non) doit rédiger une *mention, règle de forme*. Selon l'article 2297 c. civ. : « A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage (…) ». Si la caution, personne physique, ne respecte pas cette exigence, le contrat de cautionnement sera nul.

La caution, personne morale, reste soumise au *droit commun de la preuve*. La personne morale qui se porte caution sera engagée par son dirigeant (ou son représentant légal), et la preuve de son engagement (unilatéral) devra respecter les règles imposées aux actes unilatéraux.

L'expression du consentement de la caution sera donc réglée de manière différente selon que la caution est une personne physique (1) ou une personne morale (2).

160-1. Depuis 2021, les dispositions figurant dans le code de la consommation sont abrogées. Entre 1990 et 2020, le législateur avait édicté une réglementation particulièrement complexe : la caution personne physique engagée envers un créancier professionnel devra apposer une mention manuscrite, en recopiant scrupuleusement une formule légale imposant de chiffrer l'obligation de règlement, d'identifier nommément le débiteur garanti et de fixer la durée de l'obligation de couverture de la caution[1]. Le moindre de vice de forme permettait à la caution

[1] Anc. art. L 331-1 c. conso. : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci :

" En me portant caution de X....., dans la limite de la somme de..... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de....., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X..... n'y satisfait pas lui-même. " ».

(personne physique) d'obtenir l'annulation de son engagement pris envers le créancier professionnel.

1/ La mention apposée par la caution personne physique : *une règle de forme*

161. La **mention apposée par la caution personne physique** est une règle de forme (art. 2297 c. civ.[1]). Son irrespect est sanctionné par la nullité de l'engagement de la caution (personne physique) pris envers le créancier (quelconque : professionnel ou non). L'objectif est que la caution comprenne la portée de son engagement, unilatéral donc dangereux.

La *mention apposée* par la caution (personne physique) sera fréquemment une mention manuscrite, lorsque le contrat de cautionnement est établi par écrit. Mais depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021, la caution (personne physique) peut apposer la mention par voie électronique (art. 1174 c. civ.[2])[3]. La mention doit donc être apposée, c-à-d. écrite ou tapée par voie électronique.

Le domaine d'application de cette règle de forme est devenu général : il vaut *pour toute caution, personne physique, engagée envers un créancier quelconque* (professionnel ou non).

– L'exigence s'applique au dirigeant de sarl qui s'engage envers la banque pour garantir l'emprunt bancaire de la société qu'il dirige ;

– quand le parent s'engage envers le bailleur pour garantir le loyer du locataire (art. 22-1 de la loi n°89-462 du 6 juill. 1989 *relative aux baux*

[1] Art. 2297 c. civ. : « A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres.
« Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices.
« La personne physique qui donne mandat à autrui de se porter caution doit respecter les dispositions du présent article. »

[2]Art. 1174 c. civ. : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.
« Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même. »

[3] L'exception au principe prévu à l'article 1175 a été supprimée (abrogation du 2° de l'article 1175 c. civ.) Voir : Antoine Gouëzel, *La dématérialisation des sûretés*, D. 2022 p.27

d'habitation[1] modifié par l'ordonnance de 2021[2]), « La caution doit apposer la mention prévue par l'article 2297 du code civil ».

– un particulier qui s'engage comme caution pour garantir la bonne exécution d'un contrat conclu entre particuliers est soumis à la même exigence.

Le *contenu de la mention* apposée par la caution est devenu moins exigeant depuis 2021. Les deux mentions de l'article 2297 al. 1er c. civ. sont exigées à peine de nullité (intégrale) du contrat de cautionnement ; celle de l'alinéa 2 (cautionnement solidaire) est sanctionnée par une nullité partielle.

162. Selon l'**article 2297 al. 1er c. civ.**, « À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. (...) » Deux mentions sont donc exigées : l'une définit le cautionnement, l'autre chiffre l'obligation de règlement.

La première mention apposée par la caution personne physique impose de *définir le cautionnement* : « payer au créancier ce qui lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci » est une reprise de l'article 2288 al. 1er c. civ.[3]. La formule employée est

[1] Art. 22-1 de la loi n°89-462 du 6 juill. 1989 : *(L. n°2009-323 du 25 mars 2009, art. 55)* «Le cautionnement ne peut pas être demandé *(L. n°2014-366 du 24 mars 2014, art. 6-I-10°)* «, à peine de nullité» par un bailleur qui a souscrit une assurance, *(L. n°2014-366 du 24 mars 2014, art. 6-I-10°)* «ou toute autre forme de garantie,» garantissant les obligations locatives du locataire *(L. n°2009-1437 du 24 nov. 2009, art. 39)* «, sauf en cas de logement loué à un étudiant ou un apprenti». *(L. n° 2014-366 du 24 mars 2014, art. 6-I-10°)* «Cette disposition ne s'applique pas au dépôt de garantie mentionné à l'article 22.»

«Si le bailleur est une personne morale autre qu'une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, le cautionnement ne peut être demandé que:

«— s'il est apporté par un des organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État;

«— ou si le logement est loué à un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur.»

(L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002, art. 161) «Lorsqu'un cautionnement pour les sommes dont le locataire serait débiteur dans le cadre d'un contrat de location conclu en application du présent titre est exigé par le bailleur, celui-ci ne peut refuser la caution présentée au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française» *(L. n° 2006-872 du 13 juill. 2006, art. 87)* «ou qu'elle ne réside pas sur le territoire métropolitain».

(L. n° 94-624 du 21 juill. 1994) «Lorsque le cautionnement d'obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée du cautionnement est stipulée indéterminée, la caution peut le résilier unilatéralement. La résiliation prend effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat reconduit ou renouvelé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation.

(L. n°2018-1021 du 23 nov. 2018, art. 134) «La personne physique qui se porte caution signe l'acte de cautionnement faisant apparaître le montant du loyer et les conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, la mention exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte ainsi que la reproduction de l'avant-dernier alinéa du présent article ». Le bailleur remet à la caution un exemplaire du contrat de location. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement.»

[2] La loi ELAN avait en 2018 supprimé toute exigence de mention apposée par la caution en la matière, l'ordonnance de 2021 la rétablit

[3] Art. 2288 al. 1er c. civ. : « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. »

quelconque : elle pourra reprendre l'ancienne formule exigée, à savoir « *je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X… est défaillant* ». Il s'agit uniquement de décrire le mécanisme du cautionnement : la caution pourra écrire qu'elle « se substituera au débiteur s'il ne paie pas ce qu'il doit au créancier ».

La seconde mention impose de *chiffrer l'obligation de règlement*. La caution, personne physique, ne peut s'engager que « dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres (...) ».

- Peu importe que la caution personne physique s'engage par acte sous seing privé ou par acte authentique : elle doit chiffrer son obligation de règlement. L'engagement indéfini est donc désormais purement et simplement interdit : un tel cautionnement est intégralement nul.
- Lorsque le chiffrage est mal effectué, parce que le chiffre écrit en lettres ne correspond pas au chiffre écrit en chiffres, le cautionnement n'est pas nul : « En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres. » La règle de forme est sanctionnée de la même manière que la règle de preuve prévue à l'article 1376 c. civ.[1] : c'est curieux. Le chiffrage mal effectué est considéré comme mal exprimé : mais il est exprimé, de sorte que la règle de forme est formellement respectée.

Les deux mentions de l'article 2297 al. 1er c. civ. exigées « à peine de nullité » ont donc un double objet : premièrement, la caution personne physique exprime sa volonté de s'engager dans une opération décrite comme un cautionnement ; deuxièmement, la caution exprime sa volonté de chiffrer son obligation de règlement, même si son expression est maladroite. Ces mentions doivent être présentes dans tout cautionnement souscrit par une personne physique. La déficience de la mention manuscrite prive le créancier de son titre[2], atteint d'une nullité relative[3].

[1] Art. 1376 c. civ. : « L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres. »

[2] Sur la nullité du (sous-)cautionnement souscrit par des dirigeants de société envers l'organisme chargé de leur fournir une garantie financière, pour irrespect de la mention manuscrite : Com., 27 septembre 2017, n°15-24.895, Bull.

[3] La caution peut donc renoncer à invoquer le vice de forme : Com., 5 février 2013, n°12-11.720 ; Bull. n°20 : « La violation du formalisme des articles L. 341-2 [devenu 331-1] et L. 341-3 [devenu 331-2] du code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant, qui vaut confirmation au sens de l'article 1338 du code civil. »

163. Les **mentions exigées par l'article 2297 al. 2 c. civ.** ont pour objet d'établir le caractère solidaire du cautionnement : « Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. » La caution (personne physique) qui s'engage envers un créancier (professionnel) continue donc de devoir écrire à la main (« cette mention ») une formulation décrivant le fonctionnement des bénéfices de discussion et de division.

La mention manuscrite (ou écrite par elle-même, lorsque le contrat est conclu de manière électronique) correctement apposée par la caution possède un double objet :

- premièrement, la caution affirme qu'elle devra payer le créancier « *sans pouvoir exiger qu'il poursuive d'abord le débiteur* ». Le créancier pourra donc être payé sans avoir à effectuer la saisie préalable des biens du débiteur défaillant : la caution renonce au bénéfice de discussion (supra n°128) ;
- deuxièmement, en cas de pluralité de cautions, la caution affirme qu'elle paiera toute la dette dans la limite de son obligation de règlement, « *sans exiger la division des poursuites entre les cautions* » : l'article 1309 c. civ. (fixant le principe de l'obligation conjointe) est écarté par une clause explicite et apposée par la caution personne physique (supra n°129).

La *sanction de la mention* qui n'est pas correctement apposée (parce que la clause manuscrite se borne à affirmer que le cautionnement est solidaire) par la caution personne physique est la nullité partielle[1]. Si la clause de solidarité donne lieu à mention dactylographiée ou à une mention manuscrite incorrecte, l'irrespect de la règle de forme signifie que le cautionnement sera simple. Plus précisément :

- si la caution personne physique écrit correctement qu'elle renonce au bénéfice de discussion, alors qu'une clause dactylographiée établit qu'elle renonce également au bénéfice de division, la division peut être réclamée. Si le créancier peut réclamer 20€ à la caution A (soit le 1/3) et 40€ à la caution B (soit

[1] Com., 8 mars 2011, n°10-10.699, Bull. ; D. 2011, p.1193 à 1195, note Yves Picod ; Revue Lamy droit civil, 2011, n°4239, p. 34-35, note Jean-Jacques Ansault : « L'engagement de caution solidaire, souscrit dans le respect des dispositions de l'article L. 341 [devenu 331-1] du code de la consommation, ne comportant pas la mention manuscrite exigée (...), demeure valable en tant que cautionnement simple. » Voir aussi : Civ. 1ère, 5 avril 2012, n°11-12.515 : « l'absence de la mention manuscrite prévue à l'article L. 313-8 [devenu 314-16] du code de la consommation a pour seul effet de priver le créancier du caractère solidaire du cautionnement souscrit […] les cautions personnes physiques (...) ne se sont engagées qu'en qualité de cautions simples ; Com., 10 mai 2012, n°11-17.671 ; Com. 14 nov. 2019, n°18-15.468, Gaz. Pal. 2020, n°370n1, p. 30, obs. C. Albiges ; D. 2020, p. 1917, nobs. Jean-Jacques Ansault.

les 2/3), pour une dette impayée de 30€, le créancier devra fractionner ses actions en paiement, en réclamant à la caution A 10€ (soit le 1/3) et 20€ à la caution B (pour les 2/3).

– si la caution personne physique écrit correctement qu'elle renonce au bénéfice de division, alors qu'une clause dactylographiée établit qu'elle renonce également au bénéfice de discussion, chaque caution ne paiera qu'après les opérations de saisie pratiquées sur le débiteur par le créancier. Si le débiteur, défaillant pour 30€, dispose d'un bien saisissable d'une valeur de 20€, la caution A (engagée pour 20€) ne paiera que 10€, si elle est actionnée (pour le tout) par le créancier. Si le créancier actionne la caution B, il lui réclamera la même somme.

164. Les autres clauses figurant dans le contrat de cautionnement (conclu par acte sous seing privé[1]) seront donc **dactylographiées**. Il en va ainsi pour :

– la clause *identifiant la dette ou l'ensemble des dettes couvertes* : depuis 2021, l'obligation de couverture peut être dactylographiée.

– la clause fixant une *obligation de couverture à durée déterminée*. Si la caution s'engage à couvrir « toutes les dettes présentes et à venir du débiteur », la clause (dactylographiée) signifie (implicitement) que la caution s'engage à durée indéterminée (puisque la durée n'est pas précisée) : la clause du contrat de cautionnement affirmant que la caution s'engage pour la durée du contrat principal, incluant son renouvellement[2] par tacite reconduction[3], signifie donc que la caution sera tenue à durée indéterminée. La clause fixant une durée déterminée à l'engagement de la caution peut résulter du renvoi au contrat principal : la clause dactylographiée « 84 mois, plus 2 ans »[4] est valide.

[1] Le cautionnement conclu par acte authentique a désormais vocation à rester confidentiel. Il n'a pas connu, semble-t-il, un grand succès sous la législation précédente, alors que lui seul permettait à une caution, personne physique, de s'engager à durée indéterminée ou pour un montant indéfini.

[2] Art. 1214 c. civ. : « Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. « Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »

[3] Art. 1215 c. civ. : « Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat. » Voir : *Droit du contrat*, n°465.

[4] Civ. 1ère, 9 juillet 2015, n°14-24.287, Bull. ; JCP 2015, éd. G, II, 1069, note Jean-Denis Pellier ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 9, note Marc Mignot, et p. 24, note Pauline Pailler ; RD bancaire et financier 2015, comm. 153, note Alain Cerles ; RLDC 2015, n°5974, note Elodie Pouliquen ; revue Banque et droit, octobre 2015, p. 79, note François Jacob ; JCP 2015, éd. N, II, n°1187, note Jean-Denis Pellier ; revue Contrats, conc. consom. 2015, comm. n°239, note Guy Raymond ; RJ com. 2015, p. 517, note F. Macorig-Venier ; RLDC 2015, n°6004, note Cécile Le Gallou ; D. 2015, p. 2231, note Hania Kassoul ; RJDA 2015, n°783 (clause dactylographiée spécifiant que le contrat principal dure 84 mois, mention manuscrite indiquant « pour la durée de l'opération garantie + deux ans »).

– la clause *limitant l'obligation de couverture au principal de la dette*. Une clause dactylographiée peut préciser que la caution ne couvre ni les frais, ni les intérêts de retard. Ou bien la clause précise que la caution ne couvre que le principal : donc à l'exclusion des accessoires. La solution est induite de l'article 2295 c. civ.[1] (supra).

– la clause *excluant la couverture des restitutions*. Il s'agit d'écarter l'application de l'article 1352-9 c. civ.[2] (en régime général de l'obligation).

– la clause *identifiant suffisamment l'identité du débiteur* sera dactylographiée. Elle mentionnera soit sa dénomination ou son identité civile, soit sa qualité (« le débiteur », « l'emprunteur »), quand le dirigeant de société se porte caution pour sa société (Com., 24 mai 2018[3]).

165. En revanche, si une clause (dactylographiée ou manuscrite) affirme que la caution personne physique s'engage à une obligation de règlement indéfini, le cautionnement sera nul. La règle de forme ne peut pas être respectée, et il s'agit là également d'une nullité substantielle : seule une caution, personne morale, peut s'engager à une obligation de règlement illimitée.

2/ L'expression de la volonté de la caution, personne morale : *le droit commun de la preuve*

166. L'**expression de la volonté de la caution, personne morale**, obéit au droit commun. Le contrat de cautionnement est unilatéral, et donc soumis à la manuscrite de l'article 1376 c. civ.[4], règle de preuve imposant de préciser le montant de l'obligation de règlement (combien payer, soit une somme chiffrée, soit une somme indéfinie).

[1] Art. 2295 c. civ. : « Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. »

[2] Art. 1352-9 c. civ. : « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme. »

[3] Com., 24 mai 2018, n°16-24.400, Bull. ; JCP E 2018, Act., n°442 ; Gaz. Pal. 2018, n°23, p. 27, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand ; RLDAff. 2018, n°6495 ; AJ Contrat 2018. 340, obs. G. Piette ; RD banc. fin. 2018. Comm. 91, obs. D. Legeais ; D. 2018 p.1884, obs. Pierre Crocq. Cassation de l'arrêt d'appel qui admet la validité du cautionnement en retenant « que l'identification de ce dernier ressort aisément de la lecture de la première page de l'acte, étant précisé que chaque page est numérotée et datée, et qu'étant gérant de la société, la caution ne pouvait pas ignorer la teneur de la convention de compte courant qu'elle avait signée une année plus tôt au nom et pour le compte de la société » ; Com., 9 juillet 2019, n°17-22.626, Bull. : « Dans la mention manuscrite apposée par la caution dans l'acte de cautionnement [...], le débiteur doit être désigné par son nom ou sa dénomination sociale et ne peut l'être par une enseigne. »

[4] Art. 1376 c. civ. : « L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres. »

Contrairement à la caution personne physique, la caution personne morale peut s'engager pour un montant chiffré ou indéfini.

- Lorsque la caution personne morale agit à titre professionnel, le cautionnement est un acte de commerce (art. 110-1 c. com.[1]) de sorte que la mention manuscrite obéit à la liberté de la preuve, art. 110-3 c. com.[2]).
- Lorsque la caution personne morale est soumise au droit commun, le dirigeant (de la société civile, de l'association) doit écrire le montant (chiffré ou indéfini) de l'obligation de règlement. Si cette règle de preuve n'est pas respectée (parce que le dirigeant de la personne morale s'est borné à signer le contrat), le créancier devra fournir un complément de preuve : un mail émanant de la caution précisera le montant de l'obligation de règlement.

L'expression de la volonté de la caution, personne morale, sera donc prouvée conformément au droit commun : cette caution prouve son engagement en écrivant à la main le montant de son obligation de règlement (comme en présence d'un chèque).

(167- à 173 : réservés)

174. L'**expression de la volonté de la caution** impose donc au créancier de veiller à ce que la caution ne puisse pas invoquer par la suite un vice de forme. La mention manuscrite continuera donc de nourrir le contentieux : le risque juridique est toujours important pour le créancier.

Tout créancier doit veiller à ce qu'une *caution personne physique* écrive à la main deux ou trois clauses :

- celle qui décrit le mécanisme du cautionnement (en recopiant plus ou moins l'article 2288 c. civ.[3] : « *je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X··· n'y satisfait pas lui-même·* ») est exigée à peine de nullité intégrale du cautionnement ;
- celle qui chiffre son obligation de règlement. L'obligation de couverture (clause essentielle) peut être dactylographiée. L'obligation de règlement indéfini

[1] Art. L110-1 c. com. : « La loi répute actes de commerce : (…) 11° (art. 28 ord. n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés) Entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales. »

[2] Art. L 110-3 c. com. : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. »

[3] Art. 2288 al. 1er c. civ. : « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. »

ou chiffrée par une clause dactylographiée rend le cautionnement intégralement nul.

– La clause de solidarité doit également être manuscrite et mentionner clairement que la caution personne physique renonce à la poursuite préalable du débiteur et à la division des poursuites entre les cautions (« *sans pouvoir exiger qu'il poursuive d'abord le débiteur* » et « *sans exiger la division des poursuites entre les cautions* »).

Depuis 2021, le risque juridique que représente ces mentions manuscrites est moins lourd qu'auparavant, mais il persiste et les litiges resteront nombreux.

Le créancier qui obtient l'engagement d'une caution personne morale est exposé à moins de risques : l'expression de la volonté est une règle de preuve. Le représentant légal de la caution devra écrire à la main le montant de l'obligation de règlement et signer. Le montant peut être indéfini, mais il faudra vérifier le pouvoir du dirigeant.

Après avoir effectué ces différentes vérifications (capacité, solvabilité, mention manuscrite), le créancier sera éventuellement amené à délivrer des informations désagréables.

III/ L'absence de vice du consentement : *les informations à livrer par le créancier*

175. L'**absence de vice du consentement** commis par la caution sera acquise lorsque le créancier a délivré certaines informations (désagréables) au sujet de la situation (délabrée du débiteur) ou des risques importants d'impayés. Ce devoir d'information n'est toutefois pas général : il vaut que pour certains risques, ne s'impose qu'au profit de certaines cautions ou qu'à la charge de certains créanciers (professionnels).

La caution peut commettre différentes erreurs (au sens non juridique du terme). La caution peut commettre une erreur sur la personne du débiteur (frauduleux), lorsque le créancier n'a pas vérifié la fiabilité de son cocontractant (Com., 19 nov. 2003[1]). Le plus souvent, c'est le risque d'insolvabilité qui fait l'objet de méprises : deux types de risques sont en cause.

– lorsque la situation du débiteur est déjà désespérée (parce que le débiteur est en quasi-faillite, lors de l'engagement de la caution), le risque de défaillance

[1] Com., 19 novembre 2003, n°01-01.859, Bull. n°172 : l'erreur simple commise par la caution sur la personne du débiteur (ayant fait l'objet d'une interdiction de gérer) a été admise, de sorte que le créancier (confronté à un débiteur frauduleux) a perdu toute garantie.

n'existe plus : la défaillance est certaine. Lorsque la caution croyait garantir un risque (absent, en réalité), elle commet une erreur ;

– lorsque le créancier finance une opération vouée à l'échec, la situation présente du débiteur est saine, mais le montant des remboursements à effectuer dans le futur sera tel que, mécaniquement, le débiteur sera acculé à la faillite. La caution croyait garantir un risque futur, et non pas une quasi-certitude d'impayé. Si le créancier avait mis en garde la caution, elle aurait (probablement) évité de s'engager pour un tel montant.

Les erreurs typiquement commises par la caution portent donc sur la solvabilité (présente et future) du débiteur. Pour éviter de commettre de telles erreurs, une solution peut consister à imposer au créancier de révéler des informations (désagréables). En droit positif, toutefois, ce devoir d'information ne pèse que sur certains créanciers. L'inexécution de ces devoirs d'information conduira la caution, une fois la défaillance du débiteur acquise, à pouvoir obtenir l'annulation de son engagement en présence d'une erreur (1) ou à obtenir une décharge de son obligation de règlement, lorsque le créancier a omis de mettre en garde la caution (2).

175-1. Les **autres vices du consentement** ne présentent aucune spécificité en droit du cautionnement. La violence (art. 1140 c. civ.[1]) ne fait l'objet d'aucune jurisprudence, et la contrainte économique pas davantage.

Les déficiences de la mention manuscrite, devenue notamment règle de forme quand une caution personne physique s'engage, conduisent à une annulation spécifique, sans avoir à établir spécifiquement le vice du consentement. Et lorsque la mention manuscrite est correcte, la caution est censée avoir compris. Sauf à établir que la caution est analphabète.

Lorsqu'une dette est garantie par plusieurs garants, l'annulation de l'engagement de l'un d'eux aura un effet sur le montant dont les autres seront tenus. En présence d'une dette commune, on sait que la part de l'insolvable est assumée par les autres coobligés, dans la limite de leur engagement respectif. En cas d'annulation de l'engagement d'un cofidéjusseur, le même raisonnement s'applique. L'erreur de la caution est indifférente, sauf à convenir explicitement du contraire[2].

[1] Art. 1140 c. civ. : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.»

[2] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°87, p.83

1/ L'erreur sur l'insolvabilité présente du débiteur : *la caution "vrai tiers"*

176. L'**erreur sur l'insolvabilité présente du débiteur** consiste, pour la caution, à *ignorer la situation actuelle de quasi-faillite* du débiteur. Au moment où la caution s'engage, la défaillance du débiteur est dors et déjà certaine. En revanche, évidemment, si la situation du débiteur ne se dégrade qu'à l'avenir, la caution ne commet pas d'erreur : elle est simplement exposée à un risque (de défaillance) qui se réalise.

La *raison de l'ignorance*, par la caution, de la situation du débiteur invite toutefois à la prudence. On peut comprendre les réticences du créancier à informer la caution, du moins quand cette dernière n'est pas au courant de la situation du débiteur. Or, il arrive fréquemment que cela ne soit pas le cas : quand la caution est le dirigeant de la sarl (débiteur), elle est, par sa position, parfaitement au courant. C'est ce que explique la distinction entre caution vrai tiers et caution faux tiers.

- En principe[1], seules les *cautions « vrais tiers »* (un ami, un parent, le conjoint), étrangères au débiteur, peuvent commettre une erreur sur la situation présente (déjà désespérée) du débiteur. La caution « vrai tiers » est une image : la caution ne connaît pas spécialement le débiteur, et elle peut s'attendre à être informée par le créancier.
- En revanche, la caution « *faux tiers* », tel le dirigeant de société, ne pourra pas invoquer une erreur sur l'absence d'aléa (Com., 10 oct. 1995[2]). Quand il s'engage comme caution, le dirigeant de société doit savoir ce qu'il fait : l'absence de risque n'est pas pour lui une erreur.

Seule la caution vrai tiers est donc admise à invoquer une erreur déterminante de son consentement : elle ne se serait certainement pas engagée si elle avait connu la réalité, à savoir l'absence de risque. Conformément au droit commun du contrat, la caution cherchera à invoquer l'erreur simple (art. 1132 c. civ.[3]) ou le dol (art. 1137 c. civ.[4]) commis par créancier qui omet d'informer la caution. Techniquement, ces deux pistes

[1] Voir toutefois Com., 20 sept. 2005, n°03-19732 : une caution « faux tiers », dirigeant de société, avait commis une véritable erreur, car le créancier « détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient » ; n'ayant pas communiqué ces informations, le créancier « avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi ».

[2] Com., 10 oct. 1995, Bull. n°223 : « Il n'est pas interdit de se porter sciemment caution d'un débiteur principal dont l'insolvabilité est avérée ». .

[3] Art. 1132 c. civ. : « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »

[4] Art. 1137 c. civ. : : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.
« Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. »

sont proches : le créancier commettra un dol quand il devait révéler une information (qu'il a sciemment tue), la caution commettra une erreur (simple) excusable quand elle devait s'informer par elle-même. La question centrale consiste donc à savoir qui est tenu d'informer l'autre ou qui doit s'informer de lui-même. Ce n'est que marginalement que la distinction entre erreur simple et dol produit des conséquences.

177. Pour invoquer une erreur générique, il faut identifier **le débiteur de l'information manquante** et déterminante du consentement. Qui commet une négligence, la caution qui ne s'informe pas de la solvabilité présente du débiteur, ou bien le créancier qui n'informe pas la caution ?

- Si la caution (vrai tiers) doit s'informer elle-elle même, elle ne pourra pas prétendre que le créancier est l'auteur d'une réticence dolosive : le créancier s'est tu parce qu'il n'a rien à dire.
- Si le créancier doit révéler à la caution (vrai tiers) la situation désastreuse du débiteur, la caution commettra une erreur simple excusable presque (infra, n°168) aussi souvent qu'elle subira un dol. La jurisprudence a évolué sur la question.

La cour de cassation avait exigé que la solvabilité présente du débiteur fût expressément entrée dans le champ contractuel. La caution ne commettait d'erreur que si (Civ. 1ère, 11 déc. 1990) « elle démontr[ait] qu'elle avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition de son engagement »[1]. Si la caution ne posait pas expressément la condition d'une solvabilité présente du débiteur, son erreur ne portait donc que sur un mobile (art. 1135 c. civ.[2]). Derrière les mots, la réalité était donc la suivante : le créancier ne disait pas un mot sur la situation calamiteuse du débiteur ; la caution, croyant que la situation du débiteur était normale, commettait une erreur inexcusable. La liquidation judiciaire du débiteur intervenue dans les quatre mois imposait donc à la caution de s'acquitter de la dette.

[1] Civ. 1ère, 11 décembre 1990, n°89-14.631, Bull. n°286 (les cautions s'engagent une semaine après la mise en redressement judiciaire de la société dirigée par leur fils) ; Civ. 1ère, 20 mars 1989, n°87-15.450, Bull. n°127 : (abstrat) « La caution ne peut invoquer la nullité de son engagement pour erreur sur la solvabilité du débiteur principal que si elle démontre avoir fait de cette circonstance la condition déterminante de cet engagement. »

[2] Art. 1135 al. 1er c. civ. : « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement. (...) ».

La jurisprudence a reviré au début des années 1990[1] : en présence d'une caution « vrai tiers » la solvabilité présente du débiteur est *tacitement entrée dans le champ contractuel* (Com., 1er oct. 2002[2]). L'erreur est donc convenue au sens de l'article 1133 c. civ.[3].

– La caution qui s'engage envers le créancier peut donc croire que la situation du débiteur est normale : si elle ne l'est pas, la caution commet une erreur excusable, sur une qualité substantielle (convenue) et déterminante de son consentement.

– Le conjoint de la caution, lorsqu'il donne son accord (pour que les biens communs entrent dans le droit de gage général du créancier) doit pareillement être informé, même si la caution (en tant que faux tiers) n'a pas à l'être.

Dès lors que le créancier doit révéler à la caution (vrai tiers) que la situation présente du débiteur est désastreuse, la caution pourra alors invoquer aussi bien une erreur simple qu'une réticence dolosive : l'une et l'autre sont soumises à un régime presque identique[4].

178. La **différence entre erreur simple et dol** reste relativement marginale. L'erreur simple peut être commune aux parties ; le dol commis par le créancier pourra donner lieu à indemnisation.

La caution invoquera uniquement une erreur simple, et non un dol, en présence d'une *erreur commune aux parties*.

– La banque a pu octroyer un prêt sur la foi de faux bilans : conformément au droit commun, le dol commis par un tiers (débiteur principal, tiers au contrat

[1] L'amorce du revirement s'est effectuée sur la question connexe du dol (par réticence) commis par le créancier : Civ. 1ère, 10 mai 1989, n°87-14.294, Bull. n°187 : « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager » ; Civ. 1ère, 18 fév. 1997, n°95-11816, Bull. n°61 ; JCP E 1997 p. 97, note Dominique Legeais.

[2] Com., 1er oct. 2002, n°00-13.189, Bull. n°131 ; D. 2003.1617, note Yves Picod ; JCP 2003.I.1 n°124, n°3, obs. Philippe Simler : « M. X..., tiers à la société, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, (…) la banque, qui était en relation d'affaires avec cette société depuis 1984, ne pouvait ignorer cette situation (..), le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution ; qu'ainsi, ayant fait ressortir que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition tacite de sa garantie, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »

[3] Art. 1133 c. civ. : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. (...) ».

[4] Com., 1er oct. 2002, n°00-13.189 ; Bull. n°131 : arrêt rendu sur le fondement de l'erreur simple. Les juges précisent que « que la banque, qui était en relation d'affaires avec cette société depuis 1984, ne pouvait ignorer cette situation ». Civ. 1ère, 13 mai 2003, n°01-11.511, préc. : dol commis par la banque qui insère, en raison des difficultés du débiteur, une clause énonçant que « la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement ».

conclu entre la caution et le créancier) n'est pas admis (art. 1138 c. civ.[1]). La caution doit donc payer.

– Si le juge admet l'erreur (simple) sur la personne commise par la caution (le débiteur faisant l'objet d'une interdiction de gérer), la caution obtient l'annulation de son engagement (Com., 19 nov. 2003[2]), de sorte que le créancier se trouve privé de garantie.

Lorsque la *déloyauté* du créancier est établie, notamment par sa réticence dolosive sur la situation irrémédiablement compromise[3] ou catastrophique[4] du débiteur, la caution pourra obtenir l'annulation de son engagement. Le créancier est déloyal : il a, en réalité, déjà trop prêté, à moins qu'il ne s'apprête à le faire …

(179 : réservé)

2/ L'obligation de mise en garde : *l'endettement « inadapté » du débiteur*

180. L'**obligation de mise en garde** (art. 2299 c. civ.[5]) impose au créancier professionnel d'informer la caution personne physique sur les risques importants de défaillance du débiteur, parce que son endettement est « inadapté » à ses capacités financières. La caution peut néanmoins prendre le risque : alors, elle ne pourra pas invoquer la déchéance du créancier.

---

[1] Art. 1138 c. civ. : « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant.
« Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence. »

[2] Com., 19 nov. 2003, n°01-01.859, Bull. n°172 : « la cour d'appel a retenu l'existence d'une erreur commune aux parties lors de la conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, à savoir son interdiction d'exercer une activité commerciale, et décidé que le consentement de la caution avait été vicié ». L'erreur portait sur la personne du débiteur.

[3] Com. 8 nov. 1983, n°82-10.493, Bull. n°298 : « Viole les articles 1116 [devenu 1137] et 1134 alinéa 3 [exécution de bonne foi] du Code civil la Cour d'appel qui déboute des cautions de leur action en nullité, pour dol, des cautionnements par elles souscrits sans rechercher si la banque, bénéficiaire de ceux-ci, savait que la situation du débiteur principal était irrémédiablement compromise au moment où ils ont été consentis et si elle n'avait pas en omettant par une réticence dolosive de révéler cette situation aux cautions, amené celles-ci à les consentir et ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi. » ; Civ. 1ère, 10 mai 1989, n°87-14.294, Bull. n°187 ; D. 1990. 385, obs. L. Aynès ; 26 nov. 1991, n°90-14.978, Bull. civ. I, n°331 ; RTD civ. 1992. 605, obs. M. Bandrac : « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager ».

[4] Civ. 1ère, 13 mai 2003, n°01-11.511, Bull. n°114 ; Defrénois, 2003, article 37845, p.1568-1574, note Rémy Libchaber ; JCP G 2003.II.10144, p. 1625-1626, note Richard Desgorces ; D. 2003, p. 2308, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2004, p. 262, note E. Mazuyer ; RTD civ. 2003. 700, obs. J. Mestre et B. Fages : au vu de la situation « catastrophique » du débiteur, la banque avait inséré, dans le contrat de cautionnement, une clause par laquelle "*la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement*" : ayant omis d'informer la caution sur cette situation, le cautionnement est annulé pour réticence dolosive.

[5] Art. 2299 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier.
« A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci. »

Selon l'article 2299 al. 1er c. civ. « Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier. »

– Les échéances à rembourser sont d'un montant trop important au regard du chiffre d'affaires prévisionnel : le plan de financement prévoit que le montant des remboursements atteindra 43% du chiffre d'affaires : Com., 23 juin 1998 *Généfim*[1] *;* Com., 15 nov. 2017[2] ;

– l'emprunt est destiné à financer une opération spéculative en bourse avec effet de levier. Si la prévision du débiteur s'avère fausse, il perdra un multiple de la somme placée ;

– l'opération financée est vouée à l'échec dès son lancement[3] (sans avoir à se demander si le débiteur peut également invoquer une responsabilité du banquier pour concours abusif[4]).

Après la mise en garde délivrée par le créancier professionnel[5], la caution personne physique reste libre de s'engager : elle prendra le risque, et la caution peut disposer des ressources suffisantes pour payer. La mise en garde est donc

[1] Com., 23 juin 1998 *Généfim*, Bull. n°208 ; JCP E 1998 p.1831, note Dominique Legeais ; Droit bancaire et de la bourse, 1998-12, n°70, p.193, note Dominique Legeais : « l'investissement immobilier nécessaire à la réalisation de l'hôtel, soit plus de 21 500 000 francs, a été financé intégralement au moyen du crédit-bail litigieux, dont les charges de remboursement représentaient 43 % du chiffre d'affaires HT pour les années d'exploitation 1989 et 1990 et qu'en l'absence d'apport par M. Damis de fonds propres suffisants, le versement des loyers dus à la société Généfim générait nécessairement un déficit chronique très important, de sorte que l'opération cautionnée n'était économiquement pas viable, la société étant dès l'origine en état de cessation des paiements ».

[2] Com., 15 novembre 2017, n°16-16.790, D. 2017 p.2573 : (abstrat) « La banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur » (opération vouée à l'échec dès son lancement) ; Com. 21 oct. 2020, n°18-25.205 , D. 2020. 2116 ; Rev. sociétés 2021. 174, note D. Houtcieff ; Banque et Dr. 2021, n°105, p. 22, obs. S. Gjidara-Decaix (même formulation).

[3] Com., 12 juillet 2017, n°16-10.793, Bull. ; Com., 15 nov. 2017, n°16-16.790, Bull. ; RTD civ. 2018. 185, obs. P. Crocq ; Banque et Droit 2018, n°177, p. 22, obs. T. Bonneau, et p. 59, obs. F. Jacob ; RD banc. fin. 2018. Comm. 7, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 27 févr. 2018, p. 63, obs. M. Roussille ; Gaz. Pal. 2017, n°42, p. 13, avis de l'avocat général ; Defrénois 2017, n°28, p. 7 ; JCP G 2017, Act., 1256, note Jérôme Lasserre Capdeville ; RLDC 2017, n°6381, p. 9 ; D. 2017, p. 2573, note Christophe Albiges ; JCP E 2017.II.1010, note Dominique Legeais ; Bull. Joly 2018. 34, note C. Juillet ; JCP E 2018. 1010, note D. Legeais : « « la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie [en cas d]'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur » ; Com. 7 févr. 2018, n°16-18.701, Gaz. Pal. 12 juin 2018, p. 67, obs. M. Bourassin : « l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur imposant à la banque de mettre en garde la caution, non avertie, contre un tel risque ».

[4] La responsabilité du créancier pour concours abusif sanctionne le créancier qui maintient artificiellement en vie le débiteur. Art. L 650-1 c. com. : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.

« Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge. »

[5] Il va de soi que le créancier professionnel conservera la preuve de l'exécution de son obligation : envoi par accusé-réception ; signature de la caution sur le document reconnaissant avoir eu connaissance du risque (avec éventuellement une mention manuscrite de la caution) …

une information importante qui permet à la caution de mesurer le risque qu'elle prend en connaissance de cause.

La *sanction* infligée au créancier qui omet d'informer loyalement la caution (ou son conjoint, quand il donne son accord) est une déchéance : selon l'article 2299 al. 2 c. civ. « A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci. » Le dommage subi par la caution correspondra à une fraction ou à l'entièreté de son obligation de règlement[1] (en retenant que la caution aurait probablement limité son obligation de règlement). La déchéance du créancier ne sera prononcée qu'en cas de défaillance du débiteur : si le débiteur réussit à rembourser, la caution échappera au dommage (tout comme le créancier).

180-1. Depuis 2021, l'obligation de mise en garde ne vaut plus envers la caution quand le risque porte sur l'endettement excessif de la caution[2]. La solution s'explique : désormais, le créancier professionnel doit proportionner l'obligation de règlement (nécessairement chiffré : un engagement illimité rend nul le cautionnement souscrit par une personne physique).

L'obligation de mise en garde ne s'applique pas envers la sous-caution (tenue de rembourser immédiatement la caution), puisque l'obligation de cette dernière est contractée envers le créancier (Com., 2 avril 2025[3]).

En revanche, l'obligation de mise en garde vaut désormais pour toutes les cautions personnes physiques, engagées envers un créancier professionnel : depuis 2021, la distinction entre cautions averties ou non averties n'a plus lieu d'être.

(181- à 198. : réservés)

[1] Civ. 1ère, 3 juin 2015, n°14-13.126 et 14-17.203, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1268, note Valérie Avena-Robardet ; RLDC, n°5941, note Elodie Pouliquen.

[2] Com., 5 mai 2021, n°19-21.468, Bull. ; D. 2021, p. 900 : « Point 11. Le crédit-bailleur est tenu à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou qu'il existe un risque de l'endettement né de la conclusion du crédit-bail garanti, lequel résulte de l'inadaptation dudit contrat aux capacités financières du crédit-preneur. »

[3] Com., 2 avr. 2025, n° 23-22.311 , D. 2025. 1043, note S. Cacioppo ; RCJPP 2025, n° 03, p. 52, obs. C. Pastor ; RTD civ. 2025. 375, obs. C. Gijsbers ; JCP E 2025. Actu. 339, et 1234, note J.-D. Pellier ; Defrénois 5 juin 2025, n° DEF226b7, obs. S. Cabrillac ; Lexbase Affaires 17 avr. 2025, n° 822, note M. Dols-Magneville ; RPDA avr. 2025, n° RDA100j3, obs. T. Duchesne ; D. actu. 8 avr. 2025, obs. C. Hélaine ; RDBF 2025. Comm. 66, obs. D. Legeais ; JCP 2025. Actu. 823, note D. Negre ; LEDC mai 2025, n° DCO202x5, obs. M. Zaffagnini : « la caution, qui n'est pas le dispensateur de crédit, n'est tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de la sous-caution sur le risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur ».

Conclusion de la section 1ère
La formation du cautionnement

198. La **formation du contrat de cautionnement** obéit à deux types de règles : les premières expriment la logique de l'équation convenue entre les parties ; les secondes génèrent des risques spécifiques, auxquels les créanciers (notamment professionnels) sont exposés, spécialement quand ils obtiennent l'engagement d'une caution personne physique.

L'économie générale du cautionnement est fixée par des règles qui apparaissent logiquement dans le code civil, puisqu'elles s'appliquent à toute caution qui contracte avec un créancier quelconque. Ce contrat est conclu quand les parties sont d'accord sur l'essentiel ; cet accord inclut certains sous-entendus :

- La caution qui s'engage donne sa parole au créancier qu'elle se substituera au débiteur s'il est défaillant dans l'exécution d'obligations désignées (obligation de couverture) et pour un montant qui est fixé (ce qui ne veut pas dire chiffré).
- Les autres clauses sont supplétives de volonté, de sorte que la liberté contractuelle des parties est simplement orientée. Le cautionnement dit conventionnel est simple ; la caution couvre les frais et les intérêts ; ainsi que les restitutions.
- Les obligations impératives sont peu nombreuses : il est entendu que l'obligation couverte est valide ; que le créancier payé par la caution lui transmet les sûretés réelles constituées sur le débiteur, si elles existent (recours subrogatoire) et que la caution qui décède ou qui est absorbée cesse de couvrir les dettes du débiteur.
- La caution garantit un risque de défaillance : la caution vrai tiers doit être informée par le créancier de l'insolvabilité actuelle du débiteur

L'ensemble de ces conditions posées à la formation du cautionnement illustre pour l'essentiel les principes de droit du contrat (un accord sur l'essentiel ; quelques sous-entendus orientés ; quelques règles impératives). Dans l'ensemble, la liberté contractuelle des parties est étendue.

199. La législation catégorielle (intégrée depuis 2021 au code civil) génère un **risque juridique** propre, de nature à porter atteinte à la validité du cautionnement. Le créancier doit alors connaître l'environnement juridique, sur des points parfois très ponctuels, faute de quoi il risque d'obtenir un titre sans valeur.

Lorsqu'une *caution personne physique s'engage envers un créancier quelconque*, ce dernier doit vérifier la mention manuscrite et faire chiffrer par la caution le montant de son obligation de règlement.

- (condition n°1) Une caution personne physique qui s'engage sans chiffrer son engagement (en affirmant qu'elle paiera la dette, quel qu'en soit le montant) ne s'engage à rien ; la même solution s'applique, si la mention manuscrite ne décrit pas l'opération de cautionnement ;
- (condition n°2) Un créancier qui ne s'interroge pas sur le statut matrimonial d'une caution personne physique (mariée) et qui obtient l'engagement (même chiffré) d'un époux (marié sous régime communautaire), ne doit pas s'attendre à pouvoir saisir autre chose que la fraction saisissable des revenus de l'époux qui s'engage (et ses propres).

Lorsqu'une caution personne physique s'engage *envers un créancier professionnel*, le créancier doit, en outre :

- (condition n°3) vérifier les capacités financières de la caution. Le créancier subira une déchéance de son obligation de règlement quand il obtient un cautionnement disproportionné ;
- (condition n°4) mettre en garde cette caution (en présence d'une opération « inadaptée » aux capacités de remboursement du débiteur), et ce même si la caution ("avertie") est parfaitement consciente des risques.

Si le créancier omet de respecter ces différentes conditions, il obtiendra de la caution un engagement nul (condition n°1), limité (à la fraction saisissable des revenus : condition n°2) ou réduit (dans le montant de l'obligation de règlement : conditions 3 et 4). Une connaissance approfondie de la législation s'impose donc parfois, notamment quand une personne physique s'engage. Il apparaît que les conditions de formation du cautionnement n'ont donc pas été modifiées radicalement en 2021 : dans l'ensemble, le créancier (notamment professionnel) est exposé à des risques juridiques qui fragilisent son titre et qui persistent d'ailleurs lors de l'exécution du cautionnement (section 2ème).

section 2ème L'exécution du cautionnement

Résumé :

L'**exécution du cautionnement**, quand elle est déclenchée par la défaillance du débiteur, donne lieu normalement à un mécanisme en deux temps : la caution doit payer le créancier ; puis elle réclamera remboursement au débiteur, enrichi par le paiement.

Face à l'*action en paiement exercée par le créancier*, la caution peut néanmoins invoquer des exceptions pour éviter de payer le créancier, alors même que le débiteur est défaillant. Elles peuvent être classés en deux catégories :

– Les exceptions dérivant de l'accessoire prennent en compte la modification de la durée initialement prévue du contrat. Si cette durée a été modifiée avec l'accord du créancier, la caution peut imposer le respect de l'étalement initialement prévu. À l'inverse, lorsque le créancier se voit imposer une modification judiciaire (motivée par la défaillance du débiteur), la caution doit en principe payer, à une exception près : lorsque le débiteur professionnel est en sauvegarde, les délais imposés par le juge profitent à la caution, personne physique.

– Les exceptions rattachées aux devoirs secondaires du créancier sont sanctionnées par des déchéances infligées au créancier. La caution ne paiera pas tout ou partie de ce que doit le débiteur défaillant. Il en va notamment ainsi :

– Si le créancier a détruit les sûretés réelles détenues sur le débiteur, la caution est déchargée de son obligation à hauteur du dommage qu'elle a subi.

– Le créancier doit livrer annuellement certaines informations à la caution, notamment personne physique ; à défaut, le créancier subira une réduction progressive de la couverture des dettes garanties.

Lorsque la caution invoque une déchéance du créancier, ce dernier perd, partiellement ou totalement, sa garantie.

Lorsque la caution a payé le créancier, elle bénéficie de plusieurs types de *recours en remboursement*.

– Le premier est exercé contre le débiteur : avec le recours personnel, la caution réclame remboursement en tant que créancier chirographaire ; avec le recours subrogatoire, la caution bénéficie d'une sûreté réelle sur le débiteur, transmise à la caution par le créancier lors du paiement.

– Le second est exercé à titre provisoire. Si plusieurs cautions se sont engagées à garantir une dette, celle qui l'a payée intégralement peut imposer aux autres de supporter leur part, en attendant le remboursement final du débiteur. Si la caution bénéficie d'un sous-cautionnement, elle doit être remboursée par la sous-caution dès que la caution a versé les fonds au créancier.

200. L'**exécution du cautionnement**, conformément à sa force obligatoire, sera mise en œuvre de manière différenciée selon le statut du risque garanti par la caution. Techniquement, ce risque (la défaillance du débiteur) est une *condition suspensive* (art. 1304 al. 2 c. civ.[1]) qui affecte l'existence de l'obligation de la caution envers le créancier. Cette condition sera donc pendante tant que la condition peut se réaliser puis, soit accomplie si le débiteur est défaillant, soit défaillie si la condition de défaillance du débiteur ne peut plus se réaliser (notamment parce qu'il a payé sa dette).

Pendant la phase de latence (*condition pendante*), l'action en paiement du créancier envers la caution ne peut pas être exercée puisque le déclencheur n'est pas activé. Pendant cette période, au cours de laquelle le débiteur a priori rembourse, le créancier bénéficie de protections, mais il est également tenu de devoirs secondaires :

- le créancier veillera à ce que la caution demeure solvable, afin qu'elle reste en mesure d'exécuter la prestation promise à son profit ; s'il apprend qu'elle ne l'est plus, le créancier exigera son remplacement, faute de quoi le débiteur encourt la déchéance du terme (art. 2301 al. 2 c. civ.[2]) (supra n°156) ;
- envers la caution (ou certaines cautions), le créancier (ou certains créanciers) sera parfois tenu d'exécuter des devoirs secondaires. Le créancier veillera à les exécuter pour conserver intacte la force obligatoire de son titre. En effet, s'il omet de les respecter, il subira des déchéances[3].

Si la condition de défaillance du débiteur se réalise (*condition accomplie*), la caution doit exécuter sa promesse (art. 1103 c. civ.) et remplacer le débiteur défaillant. La caution, devenue débitrice, est un débiteur comme un autre, soumis au droit commun (art. 1341 c. civ.[4]) : la caution doit procurer l'exécution volontaire (ou réputée telle en régime général des obligations), à défaut en subissant l'exécution forcée (sauf à bénéficier des protections octroyées aux débiteurs incapables de payer leurs dettes).

Si la condition de défaillance du débiteur ne peut plus se réaliser (*condition défaillie*), la caution sera libérée sans avoir eu à verser de prestation au créancier. Il en ira ainsi

[1] Art. 1304 al. 2 c. civ. : « La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. »

[2] Art. 2301 c. civ. : « La personne qui s'oblige au titre d'un cautionnement légal ou judiciaire doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre de l'obligation.

« Si cette caution devient insolvable, le débiteur doit lui substituer une autre caution, sous peine d'être déchu du terme ou de perdre l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement.

« Le débiteur peut substituer au cautionnement légal ou judiciaire une sûreté réelle suffisante. »

[3] Le créancier sera privé, totalement ou partiellement, de son action en paiement contre la caution. Cette sanction ne sera mise en œuvre qu'ultérieurement, si le débiteur devient défaillant (infra, n°203).

[4] Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

lorsque le débiteur a payé sa dette (extinction par voie accessoire) ou parce que le délai au cours duquel le débiteur devait être défaillant a expiré (extinction par voie principale).

Que la condition s'accomplisse ou défaille, l'obligation de la caution s'éteindra comme toutes les obligations, ce que rappelle d'ailleurs l'article 2313 al. 1er c. civ. : « L'obligation de la caution s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations. »

Pour la caution, l'exécution volontaire produira l'extinction de son obligation selon deux modalités alternatives :

– soit la caution est libérée sans avoir eu à payer le créancier, a priori parce que le débiteur n'a pas été défaillant (condition défaillie) ;

– soit elle est libérée après paiement procuré au créancier, parce que le débiteur a été défaillant (condition accomplie).

201. L'**extinction de l'obligation de la caution sans exécution** de sa part aura lieu lorsque la condition suspensive (c-à-d. le risque garanti par la caution) est défaillie[1]. Le débiteur n'est pas défaillant. L'« obligation de la caution » (art. 2313 c. civ.[2]) s'éteint selon diverses modalités prévues aux articles 2313 et suiv.[3] c. civ., à savoir :

– L'extinction par voie accessoire signifie que le service attaché à la créance garanti n'a pas à être rendu car l'obligation principale garantie est « éteinte » : par le paiement ou par une opération assimilée au paiement (compensation[4], confusion[5] ; prescription extinctive[6], remise de dette[7] etc...). L'hypothèse est prévue à l'article 2313 al. 2 c. civ. : « Elle [l'obligation de la caution] s'éteint aussi par suite de l'extinction de l'obligation garantie. » ;

– L'extinction par voie principale signifie que la caution est déchargée de toute ou partie de son obligation envers le créancier, même si le débiteur reste tenu (c-à-d. même si la condition suspensive s'accomplit). Cette cause spécifique d'extinction est prévue en présence d'un cautionnement de solde de compte courant. La caution garantit qu'elle paiera le solde débiteur, à hauteur de son obligation de règlement. Selon l'article 2319 c. civ.[8], lorsque la caution résilie son engagement (conclu à durée déterminée), et

[1] *Régime général de l'obligation*, n°217 et suiv., spéc. n°220. Voir : art. 1304-6 al. 3 c. civ. : « En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

[2] Art. 2313 c. civ. : « L'obligation de la caution s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.
« Elle s'éteint aussi par suite de l'extinction de l'obligation garantie. »

[3] La section 4 intitulée « De l'extinction du cautionnement » (art. 2313 à 2320 c. civ.) traite aussi bien des causes d'extinction proprement dites (art. 2313 et 2319 c. civ.) que de la durée de l'obligation de couverture (art. 2314 à 2318 et 2320 c. civ.). Ce sont des dispositions diverses, en réalité.

[4] *Régime général des obligations*, n°605 et suiv.

[5] *Régime général des obligations*, n°625 et suiv.

[6] *Régime général des obligations*, n°705 et suiv.

[7] *Régime général des obligations*, n°750 et suiv.

[8] Art. 2319 c. civ. : « La caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement. »

que le compte courant continue de fonctionner, la caution est libérée après cinq ans (prescription extinctive).

– Les autres causes d'extinction mentionnées aux articles 2314 à 2318 et 2320 c. civ. traitent en réalité de la durée de l'obligation de couverture de la caution (supra n°141 et suiv.). Si le cautionnement est conclu à durée indéterminée, la caution peut résilier[1] : la caution continue de couvrir les dettes nées avant la résiliation, même si elles viennent à échéance après[2].

Lorsque la défaillance du débiteur n'a pas lieu (condition défaillie), ou, ce qui revient au même, lorsque la caution ne couvre plus sa dette, le créancier n'exerce pas d'action en paiement contre la caution (ou il l'a exercée trop tardivement). Les obligations de la caution sont éteintes sans exécution par la caution.

202. En cas de défaillance du débiteur (condition accomplie), l'**action en paiement sera exercée par le créancier** à l'encontre de la caution, mais elle peut buter sur deux ou trois types d'obstacles. Les deux premiers sont, techniquement, des exceptions : la caution les invoquera pour éviter de devoir payer tout ou partie de la somme réclamée par le créancier (même si la caution a les moyens de payer). Le dernier obstacle est une application du droit commun, lorsque la caution est incapable d'honorer sa dette.

Premièrement, la caution peut invoquer un *manquement du créancier à ses devoirs secondaires*. Ce manquement, commis pendant la période de latence de la condition, ne produira son effet que lorsque le créancier agira contre la caution (c-à-d. si le débiteur devient défaillant) : à ce moment, le créancier apprendra qu'il subit une déchéance, et que la caution bénéficie d'une décharge. Tout ou partie de la dette n'est plus couverte ; tout ou partie de l'obligation de règlement n'est plus due.

Deuxièmement, la caution peut *contester la défaillance du débiteur,* chose a priori plus surprenante quand on sait que le créancier ne peut agir contre la caution que si la dette du débiteur est bonne et loyale, et exigible (à terme échu).

– Si le débiteur n'est pas défaillant, les conditions de l'action en paiement du créancier envers la caution ne sont pas remplies. Si le loyer a été payé, la caution ne doit rien : l'obligation de la caution a disparu par voie accessoire (supra n°201).

[1] Art. 2315 c. civ. : « Lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »

[2] Art. 2316 c. civ. : « Lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire. »

– Mais la date d'échéance du terme a pu être modifiée. Si le débiteur n'est tenu que plus tard, la caution peut être tentée d'invoquer cet argument (exception tirée de l'accessoire) pour n'avoir à payer que lorsque le terme sera échu pour le débiteur. La complexité du régime général des obligations, notamment quand le débiteur traverse des difficultés, conduira à préciser la date à laquelle le créancier peut poursuivre la caution (en exécution volontaire).

Troisièmement, le créancier sera confronté aux *difficultés de l'exécution forcée*, lorsque la caution éprouve des difficultés à payer la somme due. La caution est un débiteur comme un autre :

– si elle est une personne physique, elle bénéficie des limitations propres au droit de gage général (fraction insaisissable des revenus, biens insaisissables en raison de leur caractère vital), ainsi que du droit du surendettement (imposant une limite de sept ans à l'engagement de la caution : art. L 732-3 c. conso.[1]). L'article 2307 c. civ.[2] rappelle, en effectuant un renvoi au droit du surendettement, que la caution personne physique ne peut pas être privée d'un minimum de ressources (art. L. 731-2 du code de la consommation [rsa][3]) ;

– si la caution est une personne morale, elle sera soumise au droit des procédures collectives, et dissoute si son patrimoine ne suffit pas pour éponger la dette.

En droit du cautionnement, l'action en paiement exercée par le créancier contre la caution, quand le débiteur est défaillant, butera donc sur l'exception de l'accessoire (§1er) et sur celle tirée des devoirs secondaires (§2ème). La protection octroyée à la caution incapable de payer sa dette sera négligée, puisqu'elle relève, purement et simplement, du droit commun des obligations[4]. En revanche, il faudra préciser le

[1] Art. L 732-3 c. conso. : « Le plan prévoit les modalités de son exécution. Sa durée totale, y compris lorsqu'il fait l'objet d'une révision ou d'un renouvellement, ne peut excéder sept années.
« Les mesures peuvent cependant excéder cette durée lorsqu'elles concernent le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale du débiteur dont elles permettent d'éviter la cession ou lorsqu'elles permettent au débiteur de rembourser la totalité de ses dettes tout en évitant la cession du bien immobilier constituant sa résidence principale. »

[2] Art. 2307 c. civ. : « L'action du créancier ne peut avoir pour effet de priver la caution personne physique du minimum de ressources fixé à l'article L. 731-2 du code de la consommation [rsa] ».

[3] Art. 731-2 c. conso. : « La part des ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage ne peut être inférieure, pour le ménage en cause, au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles. Elle intègre le montant des dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé. Les conditions de prise en compte et d'appréciation de ces dépenses par le règlement intérieur de chaque commission sont précisées par la voie réglementaire.
« En vue d'éviter la cession de la résidence principale, le montant des remboursements peut, avec l'accord du débiteur et dans des limites raisonnables, excéder la somme calculée par référence à la quotité saisissable du salaire telle qu'elle résulte des dispositions des articles L. 3252-2 et L. 3252-3 du code du travail. »

[4] *Régime général de l'obligation*, n°900 et suiv.

régime des recours en remboursement exercés par la caution (§3ème), quand elle a payé le créancier.

202-1. L'**obligation de payer pesant sur la caution** (une fois acquise) est soumise au régime général de l'obligation. Le droit de gage général du créancier (art. 2284 c. civ.[1]) permet de saisir les biens et les revenus de son débiteur.

Pour rappel, l'obligation de payer pesant sur *débiteur personne physique* (y compris caution) est fragile en raison des protections spécifiques dont bénéficient les personnes physiques :

- seule la fraction saisissable de ses revenus sera appréhendée par le créancier, solution d'ailleurs rappelée à l'article 2307 c. civ. : « L'action du créancier ne peut avoir pour effet de priver la caution personne physique du minimum de ressources fixé à l'article L. 731-2 du code de la consommation[2]. » ;
- certains biens désignés par masse sont insaisissables (les biens nécessaires ; les biens communs, lorsque le conjoint n'a pas consenti au cautionnement : supra).
- en cas de surendettement, la personne physique (y compris caution) peut obtenir le bénéfice du traitement, même pour une dette professionnelle (art. 711-1 al. 3 c. conso.[3]) : le débiteur sera tenu pendant 7 ans, et libéré au-delà (art. L 733-1 1° c. conso.[4]).

La caution bénéficie donc de protections qui altèrent l'action en paiement exercée par le créancier, puisque la caution personne morale incapable de payer sera soumise au droit des procédures collectives et que la caution personne physique surendettée sera libérée après 7 ans.

(203. et 204. : réservés)

---

[1] Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

[2] Art. 731-2 c. conso. : « La part des ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage ne peut être inférieure, pour le ménage en cause, au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles. Elle intègre le montant des dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé. Les conditions de prise en compte et d'appréciation de ces dépenses par le règlement intérieur de chaque commission sont précisées par la voie réglementaire.

« En vue d'éviter la cession de la résidence principale, le montant des remboursements peut, avec l'accord du débiteur et dans des limites raisonnables, excéder la somme calculée par référence à la quotité saisissable du salaire telle qu'elle résulte des dispositions des articles L. 3252-2 et L. 3252-3 du code du travail. »

[3] Art. L 711-1 al. 3 c. conso. : « L'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. »

[4] Art. L 733-1 c. conso. : « En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes :

1° Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; (...) ;

2° Imputer les paiements, d'abord sur le capital ;

3° Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit (…) ;

4° Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. (...) ».

§1er/ Les exceptions dérivant de l'accessoire :

le paiement à échéance du créancier

205. Les **exceptions dérivant de l'accessoire** sont opposées par la caution quand elle conteste l'accomplissement de la condition posée (à savoir la défaillance du débiteur). Ce moyen de défense sera opposé dans trois cas de figure, dont deux retiendront l'attention :

– le créancier peut commettre une erreur et affirmer à tort que le débiteur est défaillant ou se tromper sur l'identité de la dette couverte ou sur son montant. La caution, informée par le débiteur (art. 2311 c. civ.[1]), rappellera au créancier le fonctionnement de l'accessoire : la caution n'est tenue que si (art. 2293 al. 1er c. civ.[2]) et dans la mesure où le débiteur est défaillant (art. 2296 c. civ.[3]). La caution n'est tenue que dans la double limite de son obligation de couverture et de celle de règlement. Lorsque le déclencheur du cautionnement ne répond pas aux conditions posées, la caution invoquera valablement une exception, qu'elle soit d'ailleurs purement personnelle au débiteur ou inhérente à la dette (art. 2298 c. civ.[4]). L'article 2298 c. civ., modifié en 2021, contient d'ailleurs une réserve ;

– Selon 2298 al. 2 c. civ., « Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. » Lorsque le débiteur n'est plus tenu, parce qu'il est défaillant, la caution devra payer. Il faudra donc préciser le domaine de ces « mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance ». Parmi les exceptions que le débiteur peut invoquer, certaines ne peuvent pas l'être par la caution.

– En outre, il peut arriver que l'échéancier initialement prévu ait été modifié d'un commun accord entre le créancier et le débiteur. Le créancier a pu octroyer un délai au débiteur, de sorte que le remboursement de l'emprunt dure

[1] Art. 2311 c. civ. : « La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier. »

[2] Art. 2293 al. 1er c. civ. : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. (...) »

[3] Art. 2296 c. civ. : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie.
« Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. »

[4] Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.
« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

plus longtemps que prévu : si la caution s'est engagée à durée déterminée (pour 24 mois), doit-elle couvrir les échéances à venir du 25e au 28e mois ?

L'accomplissement de la condition posée (à savoir la défaillance du débiteur) suscite des difficultés spécifiques d'application lorsque l'*échéance initialement prévue a été modifiée* (légalement) : quel en est l'impact sur la caution ? En droit du cautionnement, il faudra distinguer selon que le créancier accepte (I) ou se voit imposer (II) une modification de l'obligation principale.

I/ La décision du créancier de modifier la durée initialement prévue : *l'impact limité sur la caution*

206. La **décision du créancier de modifier la durée initialement prévue** a lieu lorsque survient un événement imprévu qui conduit le créancier à prendre une décision dont il recherche les effets. Le créancier octroie un délai de paiement au débiteur ou il invoque la déchéance du terme. La modification à la hausse ou à la baisse l'échéancier initial est de nature à impacter la caution.

En présence d'un *délai de paiement* octroyé par le créancier au débiteur, le créancier accepte le report de quelques mensualités, le plus souvent parce que le débiteur traverse quelques difficultés. Quels seront les effets sur la caution de cette révision (mutuellement convenue entre le créancier et le débiteur) ? La caution n'est-elle tenue que pour les 24 mois initialement prévus ou garantit-elle les 24 mensualités (désormais étalées sur 28 mois) ?

À l'inverse, en présence d'une *déchéance du terme*, le débiteur commet un manquement considéré comme grave[1], de sorte que toutes les échéances futures deviennent immédiatement exigibles. Lorsque la résolution du contrat (à durée déterminée et à exécution successive : typiquement, un emprunt) est légalement[2] acquise, la caution doit-elle pareillement subir la déchéance du terme ou peut-elle se substituer au débiteur en payant conformément à l'échéancier initialement prévu ?

[1] On sait qu'en droit du contrat (*Droit du contrat*, n°917 et suiv.), le manquement grave du débiteur est acquis tacitement ; une clause contractuelle explicite peut également prévoir un degré spécifique d'exigence. En régime général des obligations, on sait également (*Régime général de l'obligation*, n°245et suiv.) que le débiteur manque de fiabilité quand il altère les sûretés réelles ou quand il ne respecte pas sa promesse de les constituer (art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »).

[2] Lorsque le débiteur professionnel est en procédure de sauvegarde, « le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite. » : art. L 622-29 c. com. Le débiteur en sauvegarde n'a pas cessé les paiements : ses créanciers n'ont pas subi un retard de paiement.
En revanche, la déchéance du terme est légalement encourue, lorsque le débiteur professionnel fait l'objet d'une liquidation judiciaire (art. L 643-1 c. com. : « Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues »).

Lorsque l'étalement initialement prévu (au contrat principal) est volontairement modifié par le créancier, à la hausse (délai de paiement) (1) ou à la baisse (déchéance du terme) (2), les répercussions pour la caution seront cantonnées.

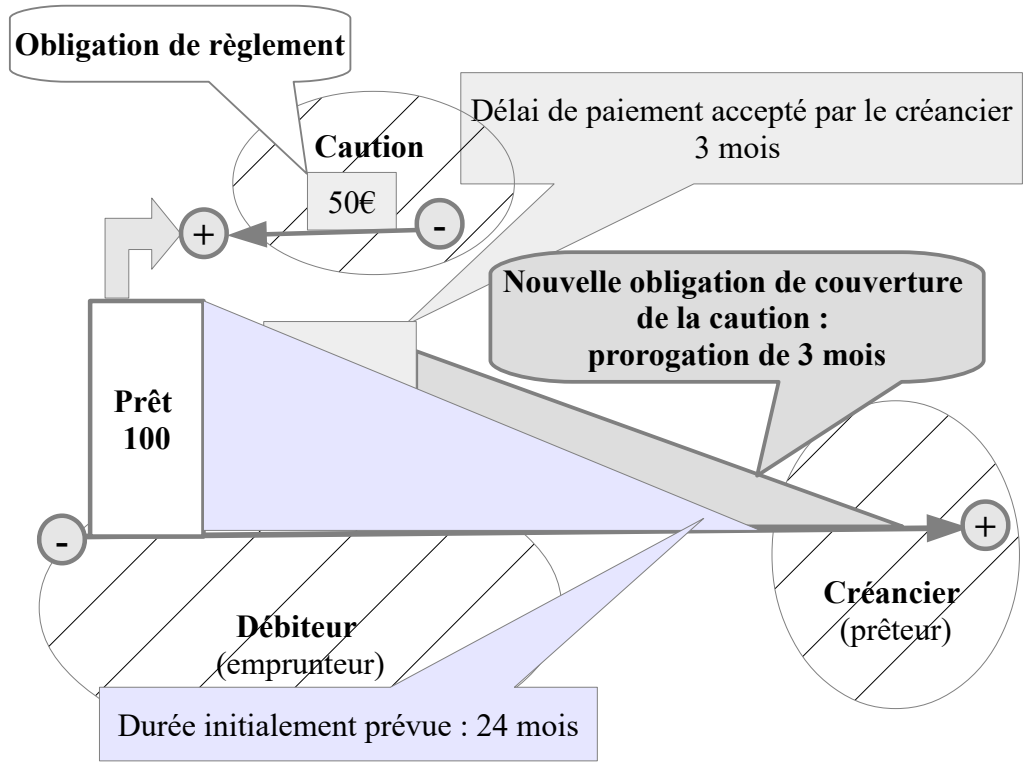
1/ Le délai conventionnel de paiement : *la triple option de la caution*

207. Le **délai conventionnel de paiement**[1] est un moratoire accordé par le créancier[2]. La modification de l'obligation principale qui en résulte porte sur un aspect principal : elle donne donc lieu à une révision mutuellement convenue entre le débiteur et le créancier. Le créancier fait preuve de souplesse et accepte que quelques mensualités dans le remboursement de l'emprunt seront reportées (en raison des difficultés a priori passagères traversées par le débiteur). L'augmentation de la durée du contrat principal (par rapport à celle initialement prévue) possède toutefois des répercussions sur la caution, laquelle peut avoir une lecture mitigée de la situation. Face à cette situation, l'article 2320 c. civ.[3] précise que la caution reste tenue, mais elle bénéficie d'une *option*. Selon l'article 2320 al. 1er c. civ., « La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, *ne décharge pas la caution*. » Lorsque le contrat de cautionnement précise la durée de remboursement du crédit (24 mois), la caution ne peut pas prétendre qu'elle sera définitivement déchargée à l'expiration de cette durée. Si, au terme initialement convenu, il reste trois échéances à courir, la caution continue de les garantir : l'obligation de couverture est essentielle ; la durée d'engagement est adaptée. Cette interprétation du contrat, rendue nécessaire en raison de l'évolution des circonstances (délai conventionnel), conduit à rejeter une lecture littéraliste. La caution ne peut pas prétendre qu'elle serait tenue au-delà de sa volonté (art. 2294 c. civ.[4]) (schéma 3.1).

[1] Art. 1305 c. civ. : « L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine. »
[2] *Régime général de l'obligation*, n°241
[3] Art. 2320 c. civ. : « La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge pas la caution.
« Lorsque le terme initial est échu, la caution peut soit payer le créancier et se retourner contre le débiteur, soit, en vertu des dispositions du livre V du code des procédures civiles d'exécution, solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. Elle est alors présumée justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance, sauf preuve contraire apportée par le débiteur. »
[4] Art. 2294 c. civ. : « Le cautionnement doit être exprès.
« Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

Schéma 3.1

Délai de paiement conventionnel :
prorogation de l'obligation de couverture



L'obligation de couverture de la caution étant acquise, reste à fixer l'impact de cette modification sur la caution. Pour préserver ses intérêts bien compris, en fonction de l'analyse qu'elle porte sur la situation effective du débiteur, la caution bénéficie d'une *triple option* :

– La première consiste pour la caution à payer le créancier : « Lorsque le terme initial est échu, la caution peut (...) payer le créancier et se retourner contre le débiteur ». Aux yeux de la caution, le débiteur risque de devenir insolvable ou d'aggraver sa situation déjà dégradée. Mieux vaut alors pour la caution solder la situation au plus vite (c-à-d limiter la casse : ce qui n'est pas nécessairement l'intérêt du créancier, qui peut avoir tendance à laisser s'accroître le passif,

puisque la fortune de la caution garantit le paiement de la dette). La caution paye à l'échéance initialement convenue, puis se retourne immédiatement contre le débiteur : la caution escompte que son recours en remboursement, exercé immédiatement, lui procurera un rendement supérieur à ce qu'il serait s'il était exercé plus tard ;

- La seconde option permet à la caution de solliciter une mesure préventive : « *solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire* sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. » La caution accepte le délai de paiement, mais elle cherche alors à obtenir une sûreté (un sous-cautionnement, un nantissement) afin de pouvoir exercer un recours subrogatoire efficace : la caution considère que le risque d'insolvabilité du débiteur impose de prendre une mesure préventive. À ce moment, le débiteur n'est pas en faillite et il dispose d'un bien (d'une valeur suffisante) qu'il peut offrir pour constituer une sûreté réelle ; si ce n'est pas le cas, l'option n'est pas praticable.
- L'article 2320 c. civ. ne mentionne pas une troisième hypothèse (probablement la plus fréquente). La caution ne fait rien : son inertie signifie qu'elle considère, comme le créancier, que le débiteur traverse une difficulté passagère sans gravité (son salaire est versé en retard, il pourra vendre un bien pour obtenir des liquidités …). Une chose est acquise (al. 1er) : la caution continue de couvrir la dette. La caution paiera le créancier à la nouvelle échéance, au cas où le débiteur serait défaillant, sans chercher à prendre une précaution envers le débiteur.

En présence d'un délai de paiement octroyé volontairement par le créancier, la caution est donc en mesure de préserver ses intérêts sans jamais nuire à ceux du créancier :

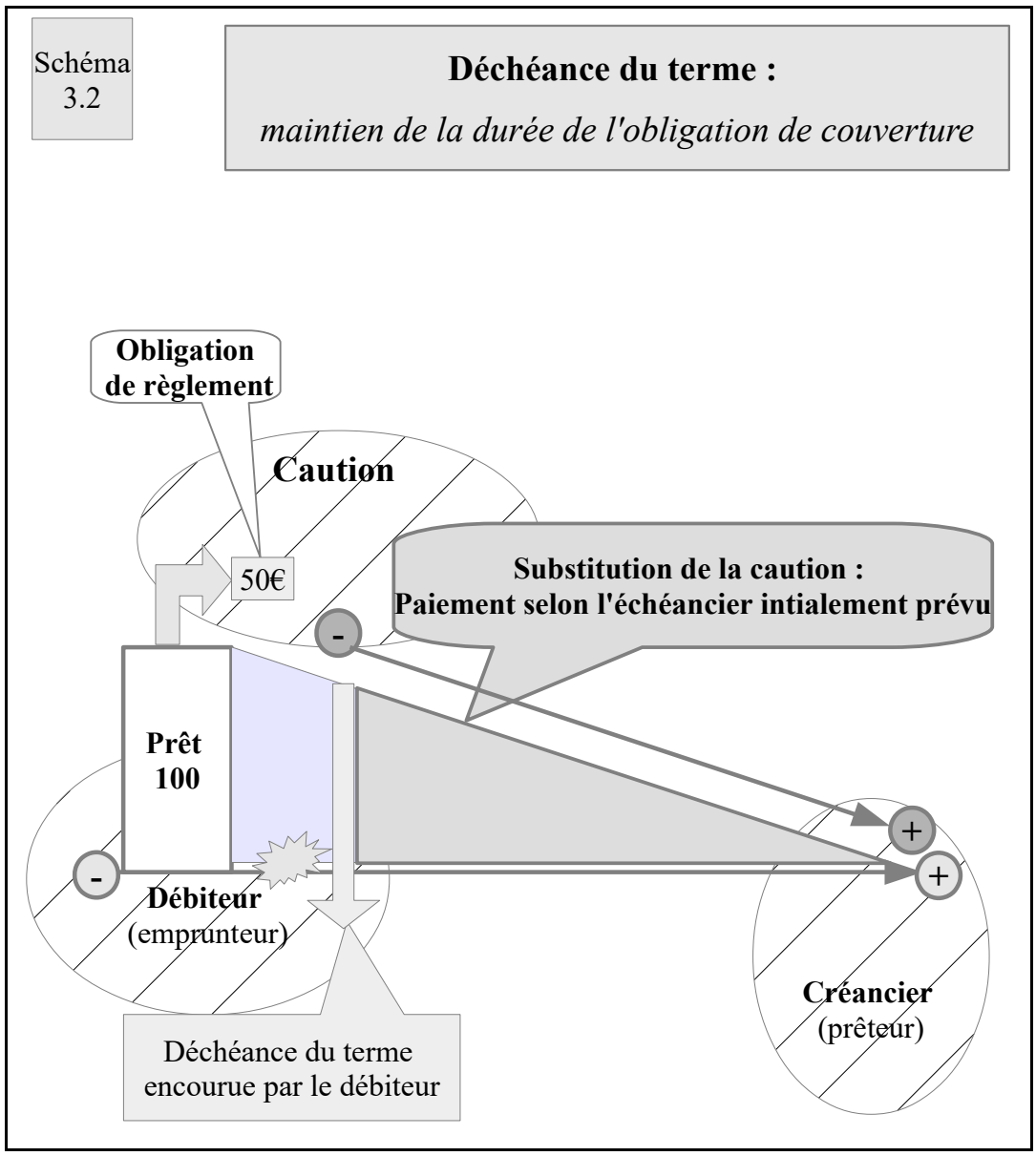
- soit la caution respecte l'étalement initialement convenu et verse immédiatement au créancier le solde ;
- soit elle accepte le délai de paiement que consent gracieusement et volontairement le créancier, quitte à prendre une précaution contre le débiteur.

2/ La déchéance du terme : *la liberté contractuelle*

208. La **déchéance du terme**, sanction infligée au débiteur auteur d'un manquement grave[1], impose au débiteur de payer immédiatement toutes les échéances futures. La décision du créancier risque de placer la caution dans une situation délicate : elle

[1] *Droit du contrat,* n° 917 et suiv. ; *Régime général des obligations,* n° 145 et suiv.

pensait être tenue à des échéances échelonnées ; mais toutes les échéances arrivent d'un coup. Dans ce cas de figure, la liberté contractuelle des parties (caution et créancier) est orientée : la caution bénéficie d'une disposition supplétive de volonté favorable à ses intérêts.



À titre *supplétif de volonté*, le silence du contrat de cautionnement signifie que la caution peut demander à rembourser les échéances selon l'étalement initialement prévu[1]. La solution est prévue en régime général des obligations : selon l'article 1305-5 c. civ.[2], « La déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable (...) à ses

[1] Civ. 1ère, 20 déc. 1976, Bull. n°415 ; Defrénois 1977, art. 31462, p.921, obs. J.-L. Aubert.
[2] Art. 1305-5 c. civ. : « La déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires, et à ses cautions. »

cautions » ; une solution identique est prévue avec l'obligation de restituer (art. 1352-9 c. civ.[1]). Le créancier ne perd rien : pour lui, le contrat est exécuté normalement, puisque la caution se substitue sans délai à un débiteur qui manque de fiabilité.

Mais la caution peut renoncer à cette protection[2] : une *clause dactylographiée* du contrat de cautionnement permet aux parties, caution et créancier, de considérer que la déchéance du terme qui s'impose au débiteur s'imposera également à la caution. Cette dernière fera face à ce risque en conservant suffisamment de liquidités.

La décision prise par le créancier d'invoquer la déchéance du terme n'est donc normalement pas de nature à porter préjudice à la caution. Le manquement grave du débiteur reste personnel à ce dernier. En la matière, la liberté contractuelle des parties au contrat de cautionnement est entière ; elle est simplement guidée par une clause supplétive de volonté.

209. En somme, en présence d'un délai conventionnel de paiement ou d'une déchéance du terme, la **décision du créancier de modifier** l'étalement initialement prévu possède un impact limité sur la caution.

La caution peut imposer le respect de l'étalement initialement prévu au contrat principal, solution qui ne nuit en rien au créancier.

- Face au délai conventionnel de paiement accordé par le créancier, la caution peut opter pour le respect de l'échéancier initialement convenu ;
- Face à la déchéance du terme encourue par le débiteur, la caution qui s'y substitue immédiatement sera tenue conformément à la durée initialement convenue (solution prévue à titre supplétif de volonté).

Mais la caution peut également être tenue conformément à la modification qui affecte le contrat principal.

- La caution bénéficie également du délai de paiement ;
- ou bien elle admet (par une clause expresse) que l'impayé ponctuel du débiteur rend exigible toute la dette.

Dans ces deux cas de figure, les intérêts du créancier sont pleinement préservés et la caution sait également à quoi s'en tenir. Mais les difficultés que le débiteur traverse peuvent être plus sérieuses.

[1] Art. 1352-9 c. civ. : « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme. »

[2] Pierre Crocq, *Chronique de droit des sûretés août 2016 - août 2017*, D. 2017. 1996 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2009, Précis Dalloz, 5e éd., n°178, p.158.

II/ La modification judiciaire du contrat principal : *les mesures prises en conséquence de la défaillance du débiteur*

210. La **modification judiciaire du contrat principal** résulte d'une décision prise par le juge qui modifie le contrat principal, le plus souvent en octroyant au débiteur un délai de paiement (voire une remise de dette), en raison des difficultés que traverse le débiteur. Incapable de procurer l'exécution à l'échéance, le débiteur fait appel au juge. Ce cas de figure est traité à l'article 2298 al. 2 c. civ.[1] : « Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

On sait que la caution est en droit d'opposer au créancier toutes les exceptions (personnelles comme inhérentes à la dette : supra n°113) qui appartiennent au débiteur (art. 2293 c. civ.[2]), mais ce principe est écarté quand la protection octroyée au débiteur est la conséquence de la réalisation du risque que couvre la caution. Lorsque *le débiteur n'est plus tenu parce qu'il est défaillant*, l'article 2298 al. 2 c. civ. impose à la caution de payer, puisque le créancier se voit imposer un délai par le juge. La solution respecte la force obligatoire du cautionnement.

L'application de l'article 2298 al. 2 c. civ. suscite néanmoins deux types de difficultés :

- premièrement, l'office du juge peut s'avérer relativement diversifié, selon qu'il homologue un « accord » entre les principaux créanciers ou selon qu'il impose une révision judiciaire. L'accord judiciairement homologué doit-il être assimilé à une décision judiciaire prise pour protéger le débiteur en difficulté ou à un véritable accord, dont la caution pourrait se prévaloir (supra n°207) ? L'impact de ces mesures consistent donc à savoir si la caution doit payer à échéance ou si elle profite également du délai octroyé.
- deuxièmement, le texte prévoit qu'il existe des exceptions (« sauf disposition spéciale contraire »). La caution peut alors se prévaloir du délai, alors même que le débiteur est défaillant : la force obligatoire de l'obligation de la caution est alors désactivée, ce qui signifie concrètement que le créancier ne

[1] Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.
« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

[2] Art. 2293 c. civ. : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
« Néanmoins, celui qui se porte caution d'une personne physique dont il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter est tenu de son engagement. »

sera payé ni par le débiteur (bénéficiaire des mesures liées à sa défaillance), ni par la caution (qui invoque leur opposabilité).

Face aux délais octroyés par le juge au débiteur en difficulté, la question consiste donc à savoir si la caution doit payer à l'échéance initialement convenue (conformément à la force obligatoire du cautionnement) ou bien si la caution en bénéficie également. Il conviendra de distinguer entre :

- les mesures homologuées par le juge dans le cadre d'un accord prévu en droit de la faillite (1) ;
- les mesures imposées par le juge (2) ;
- et les exceptions que la caution peut invoquer (3).

1/ Les mesures homologuées par le juge en raison des difficultés du débiteur

211. Les **mesures homologuées par le juge en raison des difficultés** que traverse le débiteur sont prises dans le cadre d'un accord conclu avec les principaux créanciers du débiteur menacé par la faillite. Au sens strict du terme, le débiteur n'est pas encore défaillant (ou il ne l'est que ponctuellement). Le juge de la faillite (droit des procédures collectives ou du surendettement) propose un échéancier à chaque créancier. Si le créancier donne son accord, le débiteur pourra payer plus tard. Question : la caution peut-elle s'en prévaloir ou non ?

Les mesures prises dans le cadre d'un accord homologué par le juge peuvent donner lieu à une perception ambivalente :

- lorsque le juge demande aux principaux créanciers de « consentir » à des sacrifices, en accordant un délai de paiement, voire même une remise de dette au débiteur, l'accord du créancier ne s'explique que par le contexte judiciaire[1]. On note d'ailleurs que l'offre du juge donne lieu à une solution dérogatoire : en présence d'un débiteur professionnel, les créanciers sont réputés acceptants quand ils conservent le silence pendant un mois, aussi bien en cas de procédure collective (art. L 626-5 c. com.[2]) qu'en cas de surendettement (art. L 732-3 al. 3 c. conso.[3]).

[1] *Régime général des obligations*, n°656 et suiv.

[2] Art. L 626-5 c. com. : « (...) En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acception. (…) »

[3] Art. L 732-3 al. 3 c. conso., « Les créanciers disposent d'un délai fixé par décret pour refuser la proposition de plan conventionnel de redressement élaborée par la commission. En l'absence de réponse dans ce délai [trente jours], l'accord des créanciers est réputé acquis. »

– Aucun créancier n'est pas tenu d'accepter l'accord proposé par le juge. S'il veut être payé à échéance, il lui suffit de refuser l'accord (en présence d'un débiteur professionnel) ou de contester la décision prise par la commission de surendettement.

La question consiste donc à déterminer la *portée de l'acceptation d'un créancier* à l'accord judiciairement homologué : accepte-t-il uniquement d'octroyer un délai au seul débiteur (en se réservant la faculté d'agir contre la caution) ou faut-il appliquer le régime du délai (conventionnel) de paiement (supra n°207) ? En droit positif, il semble que la caution puisse invoquer les décisions réputées acceptées par le créancier, en présence d'un débiteur professionnel ou particulier.

212. En présence d'un **débiteur professionnel**, les délais de paiement (voire les remises de dette) octroyés par les principaux créanciers dans le cadre de la procédure de prévention sont considérés comme purement volontaires. Rien ne les distingue juridiquement des délais conventionnels de paiement (donnant lieu à la triple option de la caution). En conséquence, « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (...) peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué. » (art. 611-10-2 c. com.[1]). Le créancier ne peut pas exiger de la caution un paiement à l'échéance initialement prévue.

L'aspect *volontaire* de ce plan de prévention est donc mis en exergue par le législateur (et la jurisprudence[2]). Cette solution peut s'expliquer, mais c'est le produit d'une décision orientée.

– Premièrement, le débiteur n'a pas cessé ses paiements. Le créancier qui entend être payé à échéance doit refuser l'accord : la caution sera tenue, si le débiteur est défaillant.

– Deuxièmement, le législateur prend une décision orientée, qui sera d'ailleurs appliquée non seulement aux cautions, mais aussi à tous les autres garants personnels, y compris au garant autonome. Or, cette dernière solution est suspecte : pourquoi ce créancier, qui peut déclencher sa garantie à tout moment, doit-il renoncer à le faire quand une procédure de prévention est enclenchée[3] ? En réalité, le législateur recherche

[1] Art. L 611-10-2 al.1er c. com. : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (...) peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué. » Peu importe que le garant personnel soit une personne physique ou morale. Art. 611-10-1 c. com. : « Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. »

[2] Com., 5 mai 2004, n°01-03873, Bull. n°84 : « l'arrêt (…) relève que "la CCR était parfaitement libre, dans le cadre du règlement amiable, de souscrire ou non à l'accord emportant restructuration de la dette, en accordant des remise ou des délais au débiteur" ; qu'il retient que la CCR ne peut, sans déséquilibrer gravement l'économie des relations contractuelles et sans s'affranchir de son obligation de se comporter en partenaire loyal, exiger de sa co-contractante, garante, qu'elle a exclu de l'élaboration du plan, l'exécution de sa propre obligation ; (...) les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution (…) ».

[3] Ce résultat n'est pas entièrement conforme à la logique des sûretés personnelles : un garant autonome devrait pouvoir être actionné par le créancier. En effet, le déclencheur de cette garantie n'est pas l'impayé, mais une simple crainte d'impayé.

une opposabilité large du plan de prévention, afin de bloquer le passif du débiteur (qui ne sera donc pas exposé au recours en remboursement du garant personnel).

En mettant en avant l'aspect volontaire de l'accord donnée par le créancier, le législateur n'y voit donc pas une atteinte à la force obligatoire du cautionnement. Ce faisant, le législateur occulte l'aspect judiciaire.

213. En présence d'un **débiteur particulier,** soumis à une procédure de surendettement, le plan conventionnel (art. L 732-2 c. conso.[1]) se déroule dans un contexte similaire. Il existe un doute au sujet des effets que doivent produire les délais de paiement (ainsi que les remises de dette) proposés par la commission de surendettement et « réputés acceptés » par le créancier.

Un arrêt ancien a affirmé que la caution devait payer à l'échéance initialement convenue, lorsque le débiteur bénéficiait d'un plan de rééchelonnement décidé par la commission de surendettement.

- Dans un arrêt rendu par Civ. 1ère, 13 nov. 1996[2] (à propos du surendettement), il est affirmé que « malgré leur caractère volontaire, [les remises de dettes] consenties par les créanciers dans un plan conventionnel, ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'art. [1350-2, anc. 1287] C. civ.[3] ». Les juges distinguent entre la remise véritablement conventionnelle (dont traite l'article 1350 c. civ.) et la *remise effectuée « volontairement » devant le juge du surendettement*.
- En effet, l'accord du créancier au délai de paiement ou à la remise de dette pouvait être considéré comme fictif : il est obtenu quand il ne conteste pas la décision de la commission de surendettement dans le délai d'un mois (art. L 733-9 c. conso.[4]).

  Si le défaut de paiement du débiteur entraîne la déchéance du terme (et si la sanction est admise par la caution), la caution devra payer immédiatement l'ensemble des échéances dues par le débiteur.

Depuis la loi n°2016-1691 du 9 déc. 2016, la rédaction de l'article L 732-3 al. 3 c. conso. montre sans ambiguïté la volonté du législateur de considérer que l'accord du créancier est réputé acquis et qu'il doit contester la décision prise par la commission de surendettement (art. L 733-9 c. conso.). Dans ces conditions, il est douteux que l'arrêt de 1996 soit encore de droit positif. En

[1] Art. 732-2 c. conso. : « Le plan conventionnel peut comporter des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements des dettes, de remise des dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie.
« Ce plan peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Il peut également les subordonner à l'abstention par le débiteur d'actes qui aggraveraient son insolvabilité. »

[2] Civ. 1ère, 13 nov. 1996, n°94-12.856, Bull. n°401 ; D. 1997.141, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1997.178, obs. D. Mazeaud ; D. 1997.200, obs. P.-L. Chatain et F. Ferrière ; RTD civ. 1997. 190, obs. P. Crocq ; RTD com. 1997. 142, obs. G. Paisant ; JCP G 1997.II.22780, note P. Mury ; JCP G 1997.I.4033, n°7, obs. P. Simler ; JCP E 1997.II.903, note D. Legeais ; Defrénois 1997.292, note L. Aynès.

[3] Art. 1350 c. civ. : « La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. » ; art. 1350-2 c. civ. : « La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires. »

[4] Art. L 733-9 c. conso. : « En l'absence de contestation formée par l'une des parties en application de l'article L. 733-10, les mesures mentionnées aux articles L. 733-1, L. 733-4 et L. 733-7 s'imposent aux parties, à l'exception des créanciers dont l'existence n'a pas été signalée par le débiteur et qui n'ont pas été avisés de ces mesures par la commission. »

logique, le délai de paiement ou la remise de dette, même réputés consentis, produisent des effets objectifs : la caution peut donc les invoquer.

A priori, le plan conventionnel proposé par la commission de surendettement (art. 732-1 et suiv. c. conso.) devrait se distinguer des « mesures imposées » (art. 733-1 et suiv. c. conso.) par le juge du surendettement. La caution pourra donc invoquer les premières, mais pas les secondes.

2/ Les mesures imposées par le juge : *le paiement à échéance de la caution*

214. Les mesures imposées par le juge au créancier entrent sans aucun doute dans le cadre de l'article 2298 al. 2 c. civ.[1] : « Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance (...). » Lorsque le débiteur n'est plus tenu parce qu'il est défaillant, la caution doit payer parce que le risque garanti s'est réalisé. La force obligatoire s'applique aux obligations de la caution.

Les mesures entrant dans le cadre de l'article 2298 al. 2 c. civ. sont relativement diversifiées. Elles comprennent :

– le *délai de grâce* (art. 1343-5 c. civ.[2]). Le juge peut rééchelonner la dette dans un délai maximal de deux ans. Cette révision judiciaire du contrat principal est prise en raison de la défaillance, actuelle ou prochaine, du débiteur. La caution (simple ou solidaire) doit payer, puisque les biens du débiteur ne sont plus saisissables.

– les mesures imposées par la commission de surendettement (art. 733-1 c. conso.[3]) ou, sur recours, par le juge, en présence d'un débiteur surendetté (art.

[1] Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.
« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

[2] Art. 1343-5 c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. »

[3] Art. L 733-1 c. conso. : « En l'absence de mission de conciliation ou en cas d'échec de celle-ci, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes :

1° Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance ;

2° Imputer les paiements, d'abord sur le capital ;

3° Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux de l'intérêt légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige. Quelle que soit la durée du plan de redressement, le taux ne peut être supérieur au taux légal.

4° Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. Sauf décision contraire de la commission, la suspension de la créance entraîne la suspension du paiement des intérêts dus à ce titre. Durant cette période, seules les sommes dues au titre du capital peuvent être productives d'intérêts dont le taux n'excède pas le taux de l'intérêt légal. »

711-1 c. conso.[1]) bénéficiant d'un plan de traitement ou de rétablissement[2]. La jurisprudence (Civ. 1ère, 3 mars 1998[3] ; Civ. 1ère, 4 avril 2024[4]) décide que la caution doit payer.

– les mesures imposées par le juge dans le cadre d'une procédure collective, aussi bien de sauvegarde, de redressement judiciaire[5] ou de liquidation judiciaire. Les délais de paiement octroyés au débiteur professionnel ne peuvent pas être invoqués par la caution.

Les mesures « dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance » relèvent donc aussi bien du droit de la faillite que du régime général des obligations. La force obligatoire des obligations pesant sur le débiteur envers le créancier est désactivée[6] ; celle des obligations pesant sur la caution envers le créancier ne l'est pas, sauf exception (évoquée à l'article 2298 al. 2 in fine c. civ. : « sauf disposition spéciale contraire.).

3/ L'exception *: le cas de la caution personne physique garantissant un débiteur en sauvegarde*

215. L'**exception** signifie que la caution bénéficiera des délais (ou remises de dette) imposés par le juge, lorsque le législateur le prévoit par une « disposition spéciale ». En l'état actuel du droit, il n'existe qu'une exception, prévue au profit de la caution personne physique, lorsque le débiteur professionnel est en procédure de sauvegarde.

---

[1] Art. L 711-1 al. 2 c. conso. : « La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. (...). »

[2] Art. L 724-1 c. conso. : « Lorsqu'il ressort de l'examen de la demande de traitement de la situation de surendettement que les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, la commission prescrit des mesures de traitement (...)

« Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement mentionnées au premier alinéa, la commission peut, dans les conditions du présent livre :

1° Soit recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire si elle constate que le débiteur ne possède que des biens meublants nécessaires à la vie courante (...) ;

2° Soit saisir (...) le juge du tribunal [judiciaire] aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. »

[3] Civ. 1ère, 3 mars 1998, n°96-10753, Bull. n°82, D. 1998.421 ; JCP G 1998.II.10117 : le report d'échéances accordé au débiteur faisant l'objet d'une procédure de surendettement « ne prive pas le créancier des garanties qui lui ont été consenties ».

[4] Civ. 1ère, 4 avril 2024, n°22-18.822, Bull. : « Les mesures de rééchelonnement des dettes du débiteur par un plan de surendettement ne sont pas opposables à la caution (...) ».

[5] Com., 1er mars 2016, n° 14-20.553, Bull. ; D. 2016 p.598 (mesures conservatoires prises en cas de redressement judiciaire, sans attendre l'exigibilité de la créance).

[6] C'est la règle de l'interdiction des paiements, du gel des intérêts de retard.

En cas de surendettement, art. L 722-2 c. conso. : «La recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. »

En cas de procédure de sauvegarde, art. L 622-7 c. com. : « I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. »

Il arrive fréquemment qu'un dirigeant de société se porte caution (ou garant personnel, au sens générique du terme) au profit de sa société ; sa fortune personnelle est engagée, fréquemment pour un montant important (en raison de l'ampleur que prend rapidement le passif professionnel). En cas de liquidation judiciaire, le dirigeant perdra non seulement tous ses revenus, mais aussi tous ses biens.

Afin d'inciter le dirigeant de société à agir au plus vite, et donc avant que sa situation ne s'aggrave irrémédiablement, le législateur a retardé l'action du créancier. Si l'entreprise est placée sous le régime de la *sauvegarde* (avant la cessation des paiements), la caution personne physique (très souvent : le dirigeant de sarl lui-même) n'aura pas à payer le créancier.

- Le plan de sauvegarde adopté par le tribunal est opposable par la caution, personne physique, au créancier (art. L 622-28 al. 2 c. com.[1]) : les délais de paiements lui bénéficient, tout comme la suspension des intérêts légaux.
- En revanche, la caution personne morale doit payer : le dirigeant de société ne sera pas (personnellement) impacté par le paiement d'une caution qui lui est étrangère.
- Il en va de même en présence d'un plan de redressement judiciaire : le dirigeant a trop attendu (cessation des paiements) et il devra payer le créancier.

L'exception instaurée par le législateur signifie donc que le créancier subit deux atteintes à la force obligatoire des contrats qu'il a conclu : le créancier ne sera payé ni par le débiteur, protégé par la sauvegarde, ni par la caution personne physique, grâce à l'opposabilité du plan de sauvegarde. Tant que le plan de sauvegarde est respecté, la caution personne physique (et plus généralement tout garant personne physique[2]) ne peut être actionnée par le créancier[3]. Cette exception nuit au créancier : il subit un délai de paiement et la perte des intérêts de retard.

---

[1] Art. 622-28 c. com. : Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts.

« Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans.

« Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires. »

[2] Art. L 626-11 c. com. : « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.

« A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir. »

[3] Com., 2 juin 2015, n° 14-10.673, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1270, note Alain Lienhard ; revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 79, note Nicolas Rontchevsky, et la RLDC, n° 5943, note Elodie Pouliquen (l'exécution forcée initiée contre la caution est suspendue tant que le plan de sauvegarde est respecté).

215-1. La procédure de sauvegarde garantit au dirigeant de société que ni lui, ni ses proches ne seront tenus de payer à l'échéance initialement convenue. Mais la caution personne physique pourra faire l'objet de mesures conservatoires de la part du créancier (art. L 622-28 al. 3 c. com.). Comme tout débiteur, la caution pourra obtenir un délai de grâce, dans la limite de deux ans (art. L 622-28 al. 2 in fine c. com. : « Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans ».).

(216- à 218. : réservés)

Conclusion du §1er/ Les exceptions dérivant de l'accessoire : le paiement à échéance du créancier

219. Les exceptions dérivant de l'accessoire seront invoquées par la caution quand le débiteur n'a pas exécuté sa prestation à l'échéance initialement prévue. Deux cas de figure peuvent alors se produire :

Soit la caution invoquera l'*opposabilité de la mesure*, afin de n'avoir à payer qu'à l'échéance reportée (si le débiteur s'avère défaillant). Il en va ainsi :

- lorsque le créancier octroie un délai conventionnel ;
- lorsque le créancier d'un débiteur professionnel est *réputé avoir accepté* (volontairement) la modification du contrat, dans le cadre d'un plan de prévention ;
- lorsque le créancier se voit imposer par le juge la modification du contrat, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde : la caution personne physique bénéficie (à titre exceptionnel) des mêmes délais que le débiteur professionnel.

  Dans ces trois cas, la caution bénéficie du nouveau délai octroyé au débiteur : elle ne paiera que si le débiteur est défaillant dans l'exécution du nouvel échéancier.

Soit la caution est tenue de payer le créancier à l'échéance initialement prévue. Il en va ainsi :

- premièrement, lorsque le débiteur bénéficie d'une protection en raison de sa défaillance (délai de grâce, débiteur en surendettement, débiteur professionnel en redressement judiciaire, débiteur professionnel en sauvegarde garanti par une caution personne morale).

– deuxièmement, lorsque le créancier obtient la déchéance du terme (sauf clause contraire prévue dans le contrat de cautionnement).

À une exception près (en cas de sauvegarde d'un débiteur professionnel cautionné par une personne physique), les intérêts du créancier sont respectés : la caution doit se substituer au débiteur dès que le créancier se voit imposer un retard.

§2ème/ Les exceptions rattachées aux devoirs secondaires du créancier :
la déchéance du créancier

220. Les **exceptions rattachées aux devoirs secondaires du créancier** seront opposées par la caution une fois acquise la défaillance du débiteur. La caution invoquera alors, pour refuser de payer tout ou partie de la dette, le manquement commis par le créancier à son égard. Déchu de toute ou partie de son action en paiement contre la caution, le créancier veillera donc, pendant la période d'exécution du débiteur, à exécuter ses devoirs secondaires envers la caution. Ils sont de deux types :

Les *devoirs secondaires généraux* pèsent sur tout créancier envers toute caution. Ils existent depuis 1804, et illustrent ponctuellement ce qu'est l'exécution de bonne foi (art. 1104 c. civ.[1]).

– Lorsque la caution couvre les intérêts de retard, le créancier doit avertir la caution de la défaillance du débiteur pour les lui réclamer : avertie à temps, la caution peut éviter de les devoir.

– De même, le créancier disposant d'une sûreté réelle sur le débiteur doit la conserver et la transmettre à la caution qui l'a payé (recours subrogatoire). Le créancier loyal préserve les intérêts de la caution.

Les *devoirs secondaires spéciaux* ne pèsent que sur certains créanciers (professionnels) envers certaines cautions. Ils sont apparus en droit catégoriel, notamment en droit de la consommation et font l'objet de réformes récurrentes. Depuis 2021, la déchéance encourue par le créancier professionnel est aggravée.

Le créancier qui veut conserver la force obligatoire de son titre (pour obtenir un paiement intégral, en cas de défaillance) veillera donc à exécuter ses devoirs secondaires, que l'on peut distinguer selon leur domaine d'application :

[1] Art. 1104 c. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
« Cette disposition est d'ordre public. »

– soit ils sont généraux, car ils pèsent sur tout créancier envers toute caution (I) ;

– soit ils sont spéciaux, car ils ne pèsent que sur les créanciers professionnels envers certaines cautions (II).

I/ Les devoirs secondaires généraux : *pesant sur tout créancier envers toute caution*

221. Les **devoirs secondaires généraux** imposent au créancier (quelconque) d'éviter que la caution (quelconque) ne s'appauvrisse inutilement lorsque le débiteur est défaillant. Le domaine d'application de ces devoirs (qui datent de 1804) explique leur place dans le code civil.

Premièrement, il est inutile que la caution paye à fonds perdus, lorsque le créancier laisse dépérir une sûreté réelle qui aurait permis à la caution, si la sûreté lui avait été transmise, d'obtenir un remboursement effectif. La caution qui subit la privation du recours subrogatoire pourra opposer une première exception.

Deuxièmement, on sait que, dans le silence du contrat de cautionnement, la caution garantit (dans la limite de son obligation de règlement) le paiement des intérêts de retard et des frais. Mais ces accessoires de la dette ne seront dus que si le créancier a informé la caution de la défaillance du débiteur. La caution, une fois informée, peut payer immédiatement et éviter de les devoir.

Deux devoirs secondaires généraux pèsent donc sur le créancier envers la caution : le créancier subira une déchéance en cas de privation du recours subrogatoire (1) et en cas d'absence d'information sur la défaillance du débiteur (2).

1/ La privation du recours subrogatoire : *la perte des sûretés réelles*

222. La **privation du recours subrogatoire** signifie que le créancier a laissé dépérir les sûretés réelles qu'il détenait sur le débiteur, tout en actionnant la caution en paiement. Selon l'article 2314 al. 1er c. civ.[1], « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. »

Conformément au schéma général des sûretés personnelles, l'exécution (conditionnelle) du cautionnement a lieu en deux temps : si la caution doit payer le créancier (dans un

[1] Art. 2314 c. civ. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.
« Toute clause contraire est réputée non écrite.
« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

premier temps), elle exercera un recours en remboursement contre le débiteur (dans un deuxième temps). Lors de la conclusion du contrat de cautionnement[1], les parties ont pu convenir de la constitution[2], par le créancier, de sûretés réelles sur le débiteur (par exemple : un gage, une hypothèque) : c'est le *recours subrogatoire* (*infra*, art. 2309 c. civ.[3]), qui permet normalement un remboursement effectif.

Lorsque le créancier laisse dépérir les sûretés réelles, tout en réclamant paiement à la caution, le créancier commet un manquement au devoir de bonne foi. Avec un peu moins d'insouciance, il aurait pu préserver la caution contre le risque de payer à fonds perdus[4] : le créancier subira une *déchéance* à mesure du préjudice causé à la caution.

La privation du recours subrogatoire permettra donc à la caution d'opposer une exception (pour ne pas payer le créancier) quand il a commis une faute au détriment de la caution (a) ; il sera alors déchu (b).

a/ La faute préjudiciable commise par le créancier : *les conditions de l'article 2314 c. civ.*

223. La **faute préjudiciable commise par le créancier** décrit le mécanisme de la responsabilité civile : par sa faute, le créancier cause un préjudice à la caution. Les conditions cumulatives posées par l'article 2314 c. civ. ressemblent à la responsabilité civile.

Premièrement, la « subrogation aux droits du créancier ne peut plus (…) s'opérer ». Le dommage subi par la caution consiste à avoir perdu le recours subrogatoire. On sait que le recours subrogatoire consiste à transmettre au nouveau créancier (qui remplace l'ancien) le titre détenu sur le débiteur. Ce titre ne présente d'intérêt que si une sûreté réelle y est attachée (obligation réelle).

– le dommage subi par la caution doit être certain. Si la sûreté perdue ne procurait aucun droit prioritaire au paiement (hypothèque de rang inférieur), le recours subrogatoire était inutile. La caution ne subit alors aucun dommage : elle devra donc payer le créancier.

[1] Com., 9 avril 2013, n°12-14.596, Bull. n°57 : « la caution est fondée à invoquer l'article 2314 du code civil, peu important que son engagement soit simple ou solidaire. »

[2] Supra n°127 et suiv.

[3] Art. 2309 c. civ. : « La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

[4] Le recours personnel en remboursement, exercé par la caution contre le débiteur, risque en effet de s'avérer illusoire : si le débiteur est défaillant, parce qu'incapable de payer (cautionnement solidaire) ou parce qu'insolvable (cautionnement simple), la caution devra espérer un retour de fortune (inconcevable en présence d'une personne morale liquidée).

– le dommage subi par la caution n'existe pas quand le créancier et la caution ont décidé qu'aucune sûreté réelle ne serait prise sur le débiteur. L'attente légitime de la caution n'est pas trompée : c'est du moins la position de la chambre commerciale (Com., 17 février 2021[1]).

Deuxièmement, la perte du recours subrogatoire est imputable à faute envers le créancier, ce qui donne lieu à une précision.

– La négligence du créancier sera acquise quand il a omis de renouveler une sûreté publiée (gage sans dépossession, dont l'inscription est prise pour cinq ans ; hypothèque inscrite pour la durée de remboursement augmentée de deux ans) ; quand il a donné mainlevée d'un gage alors qu'il n'était toujours pas remboursé ; quand il a omis d'exercer l'action en revendication d'un bien dont il était propriétaire (Com., 8 novembre 2023[2]) ou de tenir compte de la publication d'une décision qui lui est opposable (fusion ; absorption[3] ; etc).

– En revanche, il n'y a pas de faute à avoir mal géré une sûreté : selon l'article 2314 al. 3 c. civ., « La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. » Lorsqu'une sûreté réelle procure différentes prérogatives, certaines peuvent être exercées de manière inefficace (en fonction de la situation du débiteur). La faute dans la gestion d'une sûreté n'est pas retenue[4] (tout comme, en droit des sociétés, le fait de n'avoir pas pris une bonne décision de gestion).

La faute commise par le créancier consiste à ne pas se préoccuper de l'impact de son comportement. Il réclame paiement à la caution (et invoque à son profit la force obligatoire : art. 1103 c. civ.), mais il manque à l'exécution de bonne foi (art. 1104 c. civ.[5]). Centré uniquement sur ses intérêts à court terme, le créancier détruit l'équilibre de l'opération que couvre la caution.

---

[1] Com., 17 février 2021, n°19-16.075, point 11 : « la caution n'est libérée, lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, que si ces garanties existaient antérieurement à son engagement ou étaient entrées dans les prévisions des parties » (nantissement constitué après la conclusion du cautionnement : la cassation intervient pour manque de base légale).

[2] Com., 8 novembre 2023, 22-13.823, Bull. : (abstrat) « (…) si la demande de restitution d'un bien, objet d'un contrat publié, fondée sur les articles L. 624-10 et R. 624-14 du code de commerce, ne constitue qu'une faculté pour le propriétaire de ce bien, ce dernier, lorsque sa créance est par ailleurs garantie par un cautionnement, commet une faute, au sens de l'article 2314 du code civil, si, en s'abstenant d'exercer l'action en restitution, il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter ».

[3] Com., 23 septembre 2020, n° 19-13.378, Bull. ; D. 2020 p.1884 (la banque bénéficie d'un nantissement sur les parts sociales de la société A, ultérieurement absorbée par la société B. La société A a disparu, donc la sûreté est perdue).

[4] Civ.1ère, 22 mai 2002, n°99-13.085, P.A. 2003, n°42, p.17 à 22, note V. Perruchot-Triboulet : l'art. L 121-13 c. ass. « ouvre au bénéfice du créancier privilégié (…) une faculté, dont l'exercice, ou le non-exercice, n'est pas, en lui-même, constitutif d'une faute ».

[5] Art. 1104 c. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
« Cette disposition est d'ordre public. »

La *causalité* est classique. L'article 2314 (nouvelle rédaction) ne fait pas état de la jurisprudence antérieure qui avait affirmé que la faute commise par le créancier était présumée causale[1], sauf pour le créancier à prouver que la perte de la sûreté réelle n'avait causé aucun dommage à la caution[2].
Ces trois conditions font ainsi penser à la responsabilité civile : l'article 2314 c. civ. ne prévoit toutefois pas l'allocation de dommages-intérêts au profit de la caution, mais une déchéance du créancier.

> **223-1.** La faute commise par le créancier dans la **gestion de la sûreté réelle** donne lieu à une jurisprudence ambiguë. Un créancier s'est vu reproché de ne pas avoir exercé son droit de gage dès la défaillance du débiteur (Com., 30 novembre 2022[3]) : or, lorsque le créancier peut agir, à cette même date, contre la caution, le créancier commet-il véritablement une faute ? L'affirmative a été admise, lorsque le créancier était tenu de veiller au maintien de la valeur des titres figurant dans le nantissement de compte-titre.

b/ La déchéance du créancier fautif : *la réduction de l'obligation à mesure du dommage subi par la caution*

224. La **déchéance du créancier** fautif signifie que la caution est déchargée, c-à-d libérée par compensation (partiellement ou totalement, en fonction du préjudice qu'elle subit) : la déchéance est encourue à hauteur du préjudice (réputé) éprouvé par la caution et porte sur l'obligation de la caution, fixée en appliquant la règle de la double limite.
Lorsque l'obligation de règlement de la caution est d'un montant plus faible que celui de l'obligation de couverture, la déchéance du créancier porte spécifiquement *sur l'obligation de règlement* (schéma 3.3).

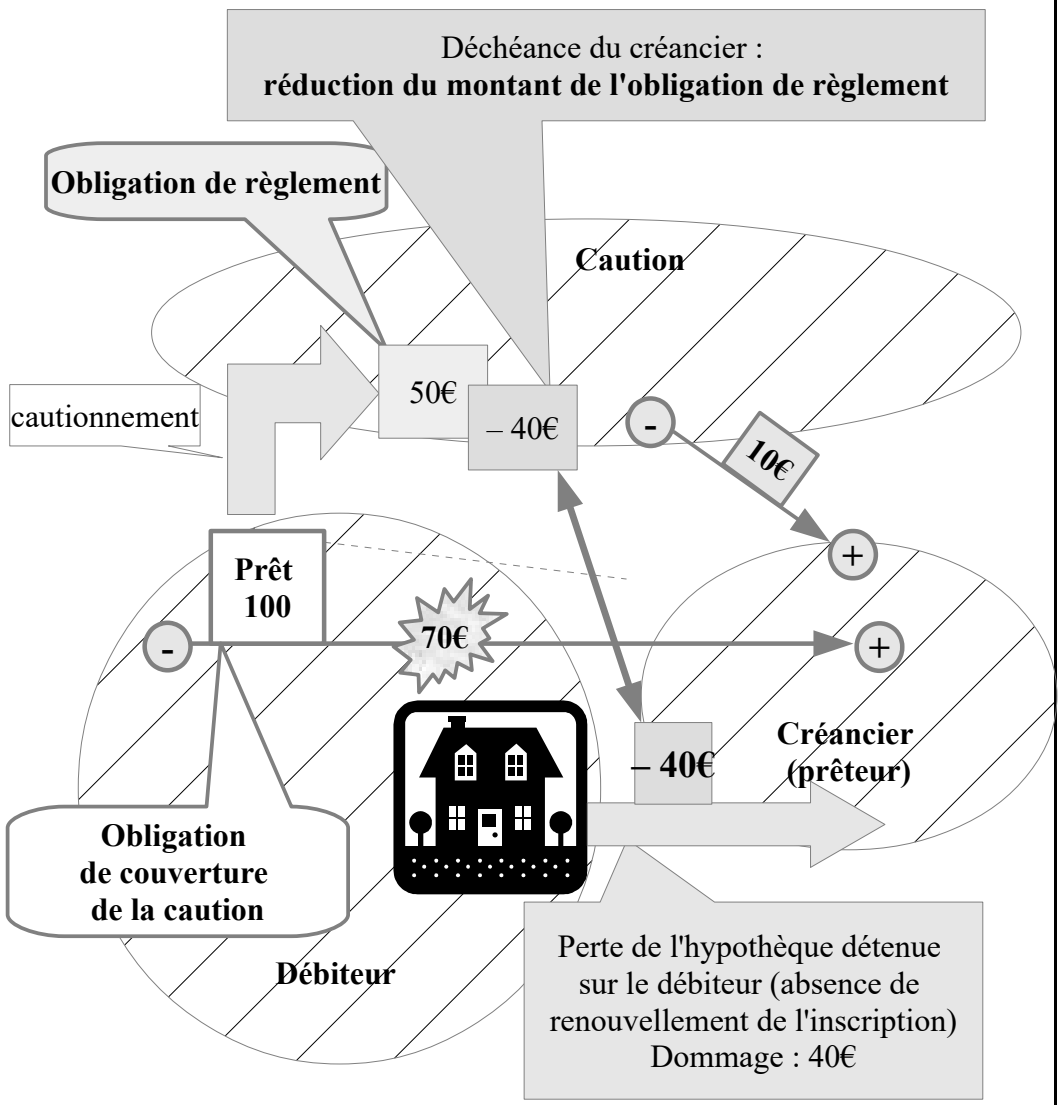
– Si le débiteur a emprunté (un montant de 100.000€) ; qu'il est défaillant pour 70.000€ et que la caution s'est engagée à une obligation de règlement d'un montant de 50.000€, moyennant prise d'une hypothèque sur le débiteur (sur un bien valant 40.000€), la perte de l'hypothèque par le créancier est susceptible d'entraîner un dommage de 40.000€ à la caution.

[1] Com., 8 avril 2015, n°13-22.969, Bull. n° ; D. 2015, somm., p. 863 ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 20, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand ; RJDA 2015, n° 458 ; RLDC, n° 5872, note Elodie Pouliquen ; RD bancaire et financier 2015, comm. 74, note Dominique Legeais ; RLDAff, juin 2015, n° 5616, note Maureen de Montaigne : (abstrat) « C'est au créancier de prouver que la perte du droit préférentiel dont se plaint la caution n'a causé aucun préjudice à celle-ci. »
[2] Com., 12 juillet 2011, n°09-71.113. Supra n°122.
[3] Com., 30 novembre 2022, n°20-23.554 (n° 724 F-B), D. 2022 p.2156 : « en s'abstenant d'exercer son droit de gage sur le compte-titres à la date de la défaillance de la société Du Levant, débitrice principale, alors que la caution prétendait qu'à cette date, la valeur des actions nanties était très supérieure au montant du capital fixé dans l'acte de prêt, le créancier n'avait pas fait perdre à la caution un droit dont elle aurait pu bénéficier par subrogation ».

– En l'absence de manquement du créancier, la caution aurait dû payer 50.000€ ; elle aurait été remboursée de 40.000€. La caution ne paiera donc que 10.000€ au créancier, au titre de sa nouvelle obligation de règlement.

Schéma 3.3

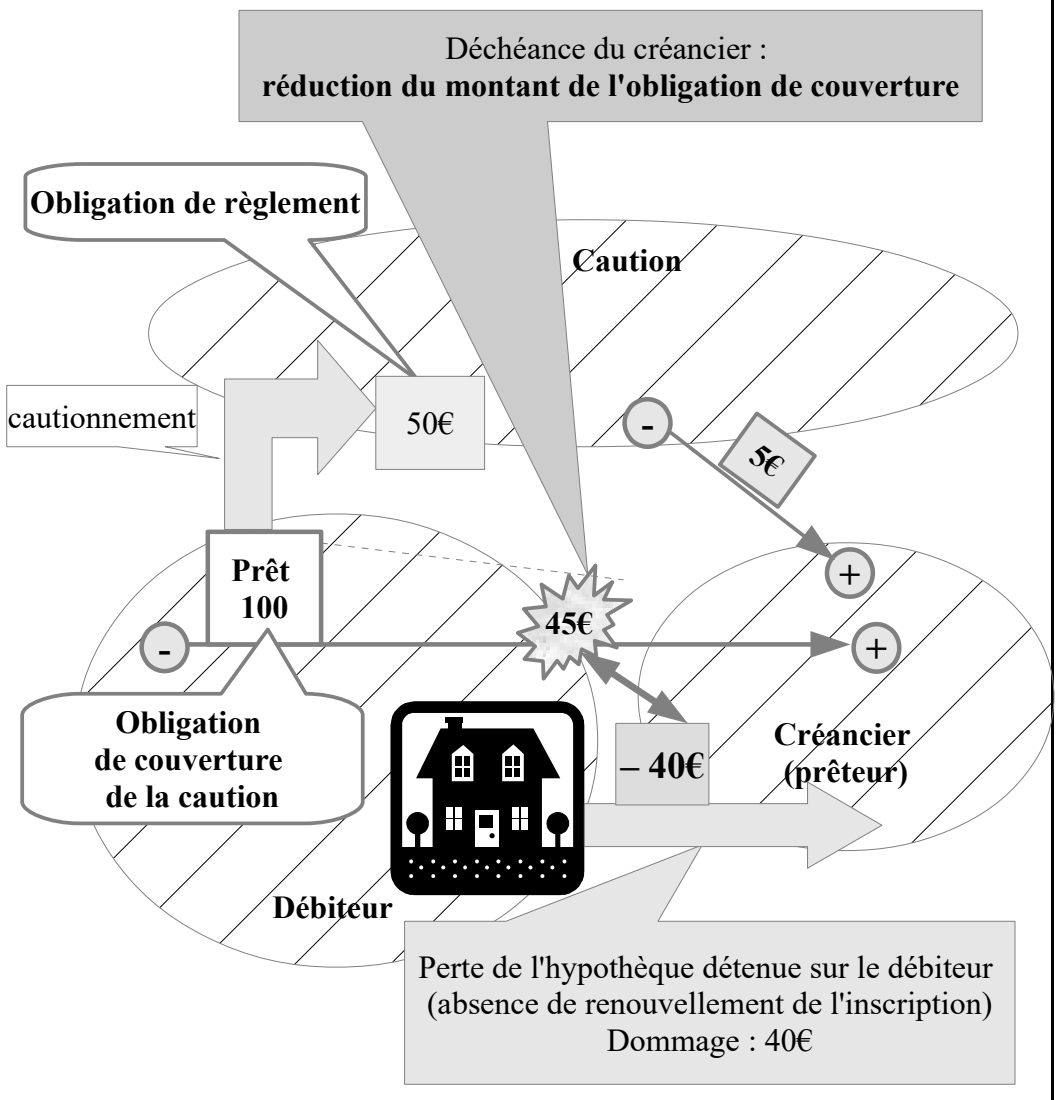
La déchéance pour privation du recours subrogatoire :
réduction de l'obligation de règlement



Lorsque l'obligation de couverture est d'un montant inférieur à l'obligation de règlement, la déchéance du créancier porte spécifiquement *sur l'obligation de couverture* (schéma 3.4).

Schéma 3.4

La déchéance pour privation du recours subrogatoire :
réduction de l'obligation de couverture



– Si le débiteur est défaillant à hauteur de 45.000€, avec une obligation de règlement de la caution d'un montant de 50.000€, moyennant la prise d'une

hypothèque sur le débiteur (sur un bien valant 40.000€), l'obligation de couverture est la limite de l'obligation de la caution ;

– Elle aurait pu être remboursée grâce à son recours subrogatoire, pour un montant de 40.000€. La caution ne paiera donc que 5.000€.

L'article 2314 al. 2 c. civ.[1] a fait l'objet d'un rajout en 1984. Le législateur s'est probablement ému de la situation de cautions profanes, ayant renoncé à invoquer la perte de leur recours subrogatoire (dont on supposera qu'il aurait été sans cela efficace). Le législateur a affirmé qu'un tel comportement traduisait un abus.

– L'article 2314 al. 2 c. civ. prévoit désormais que « *Toute clause contraire est réputée non écrite* »[2] (supra n°147). Lorsque la sûreté réelle est prise par le créancier, il doit la transmettre à la caution.

– La caution subit donc un dommage, lorsque la sûreté réelle prise n'a pas été transmise ou lorsque la sûreté réelle que le créancier devait prendre n'a pas été prise (Civ. 1ère, 17 octobre 1995[3] ; Com., 17 février 2021[4]).

2/ L'information sur la défaillance du débiteur

225. L'**information sur la défaillance du débiteur** figure toujours parmi les devoirs que tout créancier devait respecter envers toute caution. Selon l'article 2295 c. civ. : « Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. » Cet article, repris du droit de 1804, établit une déchéance de l'obligation de couverture envers le créancier.

Selon ce texte, la caution inclut dans son obligation de couverture les frais « *postérieurs à la dénonciation* qui en est faite à la caution ». Littéralement, le texte signifie que le créancier ne peut réclamer les intérêts de retard et les frais qu'après la « dénonciation » c-à-d. après avoir informé la caution de la défaillance du débiteur.

---

[1] Art. 2314 c. civ. : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.
« Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[2] Loi n°84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

[3] Civ. 1ère, 17 oct. 1995, Bull. n°366 : « la caution n'est libérée, lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, que si ces garanties existaient antérieurement au contrat de cautionnement ou si le créancier s'était engagé à les prendre. » (…); « il ne résultait ni de l'acte de cautionnement antérieur au contrat de prêt ni d'aucun autre élément de preuve que la BRED se fût engagée envers M. Hoarau à prendre une sûreté sur les biens de l'emprunteur ».

[4] Com., 17 février 2021, n°19-16.075, inédit, point 11 : « la caution n'est libérée, lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, que si ces garanties existaient antérieurement à son engagement ou étaient entrées dans les prévisions des parties » (nantissement constitué après la conclusion du cautionnement : la cassation intervient pour manque de base légale).

– Ce devoir (désormais) prévu dans le cadre de l'obligation de couverture prévoit, à la charge du créancier, un devoir secondaire d'information qui vaut, en réalité, dans tout cautionnement. Les travaux préparatoires du code civil de 1804 indiquent clairement qu'il s'agissait d'avertir à temps la caution, pour éviter un accroissement inutile de la dette[1].

– Ce devoir d'information est *impératif*. Dans le cadre d'un cautionnement, aucune clause contractuelle ne permet aux parties de convenir que le créancier serait déchargé de son obligation d'informer la caution tout en pouvant réclamer les frais de retard[2]. Mais la liberté contractuelle permet de convenir d'autres garanties personnelles, dans lesquelles le créancier n'est pas tenu de ce devoir.

La déchéance encourue par le créancier est adéquate à son manquement[3] : elle est mesurée au regard du préjudice (réputé[4]) subi par la caution :

– La caution qui n'est pas avertie ne couvre ni les frais et pénalités, ni les intérêts de retard échus. Ces accessoires sont dus par le seul débiteur. La caution, en revanche, continue de couvrir le principal, ainsi que les intérêts de chaque échéance. Si le débiteur est en retard pour payer l'échéance (1.000€) de mars n+2 (comprenant 800€ de principal et 200€ d'intérêts), il devra au créancier des frais (150€) et des intérêts de retard (10% : soit 100€). Les frais et les intérêts de retard ne sont pas couverts par la caution non informée.

– Si la caution est avertie avec retard de la défaillance du débiteur, mais qu'aucun frais lié au retard n'est dû par le débiteur, la caution ne subit aucun dommage. Le manquement du créancier n'est pas sanctionnable, puisqu'il n'a causé aucun dommage.

– Et si la caution tarde à payer, elle devra les intérêts de retard et les frais, à compter de son information.

---

[1] Communication officieuse à la section de législation du Tribunat, observations de la section, in Fenet, tome XV, p.27 : « Cette expression *même aux frais* appelle un développement. L'intention de la loi n'est pas sans doute que la caution soit passible de tous les frais indistinctement que son débiteur laissera faire contre lui, quoiqu'elle n'ait point été prévenue de l'existence des poursuites. Si elle eût été informée, elle eût peut-être évité une grande partie des frais, et peut-être même dès l'origine de la contestation elle eût fait rejeter la demande du créancier. »
p.28 : « La section a pensé que la disposition suivante lèvera l'incertitude que celle du projet pourrait faire naître. Au moyen d'une distinction clairement établie entre les frais postérieurs à la dénonciation et ceux antérieurs, la caution ne sera jamais punie de l'ignorance où on l'aura laissée ».

[2] Com., 14 déc. 1993, Bull. n°467 (la caution, personne physique, ne peut pas décharger le créancier professionnel de son obligation d'information).

[3] Voir aussi, supra n° 236 (privation du recours subrogatoire) et infra n° 248 (absence d'information annuelle).

[4] Il s'agit donc d'une causalité fictive : voir, *Droit de la responsabilité civile*, n°242.

Ce devoir général pesant sur tout créancier envers toute caution a été réaffirmé en 2021, après avoir connu une forme d'occultation au cours du XX^e^ siècle (ce qui explique probablement sa présence ponctuelle en droit catégoriel[1]).

(226- à 228. : réservés)

229. Les **devoirs secondaires généraux**, qui pèsent sur tout créancier envers toute caution, trouvent logiquement leur place dans le code civil, puisque son objet traite du droit commun applicable aux relations entre personnes quelconques.

Par leur contenu, ces devoirs se rattachent à l'*exécution de bonne foi* : un créancier honnête peut deviner qu'il doit avertir la caution de la défaillance du débiteur pour réclamer les intérêts de retard et qu'il doit, quand il vient d'être payé par la caution, transmettre la sûreté qui avait été convenue lors de la conclusion du cautionnement.

Le créancier fautif subit une *sanction mesurée au dommage* qu'il cause à la caution. La déchéance est conditionnelle (subordonnée à une défaillance du débiteur, encore hypothétique à ce stade) et elle porte soit sur l'obligation de couverture (absence d'information sur la défaillance ou privation du recours subrogatoire), soit sur l'obligation de règlement (privation du recours subrogatoire).

Ces deux devoirs de bonne foi, pesant sur tout créancier envers toute caution, sont anciens : ils existent depuis 1804 et relèvent de la morale commune. Il en va différemment avec les devoirs secondaires spéciaux pesant sur le créancier : leur périmètre spécial s'explique-t-il par la faiblesse de leur justification ?

II/ Les devoirs secondaires spéciaux : *l'information sur l'exécution du débiteur*

230. Les **devoirs secondaires spéciaux** ont pour objet de livrer une information sur l'exécution (correcte ou incorrecte) de son obligation par le débiteur. Deux traits spécifiques les caractérisent : ils relèvent du droit catégoriel ; ils sont sanctionnés par une déchéance spécifique infligée au créancier.

La première caractéristique des devoirs secondaires spéciaux aurait dû conduire le législateur à faire figurer ces devoirs ailleurs que dans le code civil.

[1] Art. 24-I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* (mod. par loi n°2014-366 du 24 mars 2014), al. 3 : « Lorsque les obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre sont garanties par un cautionnement, le commandement de payer est signifié à la caution dans un délai de quinze jours à compter de sa signification au locataire. À défaut, la caution ne peut être tenue au paiement des pénalités ou des intérêts de retard »

– Avant 2021, c'était le cas : ces dispositions (remaniées en 2021) figuraient dans le code de la consommation (gouvernant les relations entre professionnels et consommateurs) ou dans le code monétaire et financier (gouvernant les relations entre les banques et leurs clients).

– Depuis 2021, elles figurent dans le code civil, bien que leur périmètre soit resté catégoriel. Ces devoirs sont *spéciaux* parce qu'ils ne pèsent que sur certains créanciers envers certaines cautions.

La seconde caractéristique commune de ces devoirs (en l'état actuel du droit positif) est qu'ils sont sanctionnés de manière uniforme par une déchéance spécifique *infligée* au créancier. S'il ne respecte pas ces différents devoirs d'information, le créancier (professionnel) subira une punition qui réduira progressivement l'obligation de couverture de la caution.

Les devoirs secondaires spéciaux imposent donc à certains créanciers une exigence spéciale, qui sera sanctionnée avec une rigueur particulière : ils doivent (gratuitement) délivrer différentes informations sur l'exécution du débiteur (1) sous peine de subir une déchéance spécifique (2).

1/ Les différentes informations sur l'exécution du débiteur

231. Les **différentes informations sur l'exécution du débiteur** ne sont imposées qu'aux créanciers professionnels, voire même parfois uniquement à certains d'entre eux (les banques). Les débiteurs de ces informations semblent donc vus avec une suspicion ; les destinataires de ces informations sont considérés comme des victimes potentielles particulièrement vulnérables. La combinaison de ces deux aspects doit expliquer la liste des informations que les uns doivent donc fournir aux autres. Or, la liste des informations à fournir surprend sur un aspect.

Les *informations annuelles* délivrées à la caution ou à certaines cautions (art. 2302 c. civ.) permettent à ces cautions de ne pas oublier que leur patrimoine est engagé par le cautionnement. Une personne physique peut effectivement oublier qu'elle a, il y a quelques années, souscrit un tel engagement. De la part d'une caution, personne morale, un tel oubli est plus problématique. A priori, en tout cas, l'information annuelle est un service spécifique rendu par le créancier professionnel : ce dernier n'est pas suspecté de commettre des abus.

L'*information sur la défaillance du débiteur* (art. 2303 c. civ.[1]) surprend, car elle existe déjà au titre des devoirs secondaires généraux, pesant sur tout créancier envers toute caution (supra n°225). Le créancier professionnel est tenu de la délivrer dans un délai précis (et il sera spécifiquement sanctionné : infra). Le devoir spécifique d'information sur la défaillance impose à certains créanciers d'informer rapidement.

Ces informations délivrées à certaines cautions doivent également être *transmises aux sous-cautions* (art. 2304 c. civ.[2]) qui sont dans la même situation qu'elles. Ce qui compte, c'est l'exposition aux risques, en tenant compte des figures contractuelles complexes d'assurance et de réassurance.

Les devoirs d'information sur l'exécution du débiteur pesant sur le créancier professionnel (ou certains d'entre eux) comprennent ainsi : les informations annuelles (a) ; l'information (ponctuelle) sur la défaillance (b) et la transmission de l'information à certaines sous-cautions (c).

a/ L'information annuelle de certaines cautions

232. L'**information annuelle** de certaines cautions par le créancier professionnel (service bancaire qui n'est plus facturable au débiteur et dont la preuve de l'exécution doit être rapportée par le créancier[3]) a pour objet de rappeler l'existence du cautionnement à une personne susceptible d'oublier que son patrimoine est exposé. Prévue par l'article 2302 c. civ.[4], cette information possède un double objet. Elle porte :

- d'une part, sur l'évolution de la dette couverte ;

[1] Art. 2303 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement, à peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée.
« Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. »

[2] Art. 2304 c. civ. : « Dans le mois qui en suit la réception, la caution communique à ses frais à la sous-caution personne physique les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303. »

[3] Civ. 1ère, 10 octobre 2019, n°18-19.211, Bull. (preuve de l'information annuelle de la caution à la charge de la banque) ; Civ. 1ère, 25 mai 2022, n°21-11.045, Bull. ; D. 2022, p.1036 : « la seule production de la copie de lettres d'information ne suffit pas à justifier de leur envoi. ».

[4] Art. 2302 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.
« Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.
« Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordé[e] à une entreprise. »

– d’autre part, sur la durée de l'engagement (éventuellement résiliable).

233. L’**information annuelle sur l'évolution de la dette** permet à la caution personne physique d'être informée sur le montant de l’obligation couverte restant à payer. Selon l'article 2302 al. 1er c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, (...) ».
La fonction de l'information consiste à *informer la caution personne physique* de l'exécution de ses obligations par le débiteur : la caution sait, avec précision, comment le contrat principal est exécuté par le débiteur et quel est son terme.

– La caution sait ainsi comment décroît (ou ne décroît pas) la dette. Le récapitulatif indique le montant des échéances, en distinguant la fraction imputée aux intérêts et le solde, imputable au remboursement du principal. La caution peut donc savoir si le débiteur respecte l'échéancier initialement prévu ;

– La caution engagée dans un contrat conclu à durée indéterminée (couverture de dettes futures) sait également si de nouvelles dettes sont apparues au cours de l'année. L'endettement du débiteur peut s'accroître.

– Elle est avertie également des éventuels impayés dont le débiteur est l'auteur : si la banque a perçu des frais, liés à un retard de paiement, la caution sera en informée, même si l'incident de paiement a été régularisé rapidement.

La caution, en recevant ces informations, n'oublie donc pas que son patrimoine reste engagé, pour un montant (obligation de règlement) dont elle se souvient, et pour garantir des dettes (obligation de couverture) dont l'exécution est précisée.

Cette information annuelle sur l'évolution de la dette doit également être délivrée dans une hypothèse particulière, désormais prévue à l'article 2302 al. 3 c. civ.[1] : « Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordé~~[e]~~ à une entreprise. » En présence d'un crédit bancaire (« concours financier ») octroyé à un professionnel (« accordé~~[e]~~ à une entreprise. »), il est probable que le montant du crédit sera important : toute caution, y compris une personne morale, doit être informée de l'évolution de la dette.

[1] Anc. art. L 313-22 c. mon. et fin. : abrogé par l'article 32 II de l'ord. n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (« L'article L. 313-22 du code monétaire et financier est abrogé »).

Au cours du premier trimestre qui suit l'année écoulée, la caution personne physique (al. 1er) (voire aussi la caution personne morale : al. 3) est donc informée de l'ensemble des paiements effectués par le débiteur et du montant de son endettement. Ces informations sont importantes pour toutes les cautions, mais il est délicat d'imposer de tels devoirs à des créanciers non professionnels (un bailleur, notamment).

234. L'**information annuelle sur la durée de l'engagement de la caution** est prévu à l'article 2302 al. 2 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, à ses frais (...), de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée. »

Lorsque la caution personne physique est engagée à durée déterminée, la caution couvre le plus souvent une dette présente : tel emprunt a été conclu pour 7 ans. Tous les ans, la durée restant à courir est indiquée.

Lorsque la caution personne physique est engagée à durée indéterminée, elle couvre le plus souvent un ensemble de dettes futures. L'information délivrée à la caution a donc pour objet sa *faculté de résiliation* :

- Conformément au droit commun (art. 1211 c. civ.[1]), tout engagement pris à durée indéterminée peut être résilié unilatéralement par l'un des contractants. On sait que depuis 2021, ce cautionnement à durée indéterminée conclu entre une personne physique et un créancier professionnel est valide sans restrictions.
- La caution qui résilie doit respecter un délai de préavis. La solution, prévue en droit du contrat (art. 1211 c. civ.), est rappelée à l'article 2315 c. civ. : « Lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. » Le créancier en tirera la conséquence envers le débiteur (soit la déchéance du terme, soit l'agrément d'une nouvelle caution solvable).
- Lorsque la caution résilie, elle cesse de couvrir les dette futures à naître : mais, évidemment, les dettes nées avant la résiliation restent couvertes. La solution est rappelée à l'article 2316 c. civ. : « Lorsqu'un cautionnement de

[1] Art. 1211 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »

dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire. »

Le domaine d'application de l'article 2302 al. 2 est étendu au crédit bancaire octroyé à une entreprise et garanti par une caution personne morale (art. 2302 al. 3 c. civ.).

235. Les **informations annuelles** délivrées par le créancier à toutes les cautions personne physique et à quelques cautions personne morale sont des mises en garde adressées à des personnes à qui le créancier professionnel rappelle que leur patrimoine est exposé.

Ces informations sont relativement techniques et c'est probablement la raison pour laquelle elles ne sont imposées qu'à des créanciers professionnels : ils sont en mesure de dresser des comptes retraçant les opérations effectuées au cours de l'année précédente et d'informer le débiteur et ses cautions. Les banques sont, en réalité, visées.

b/ L'information sur la défaillance du débiteur

236. L'**information sur la défaillance du débiteur** est une information ponctuelle qui possède un domaine d'application catégoriel, à lire l'article 2303 c. civ.[1] : « Le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement (...) ». L'objet de l'information surprend, dans la mesure où cette information doit déjà être effectuée par tout créancier envers toute caution.

Au regard de l'*identité* du créancier (débiteur de l'information à donner) et de la caution (créancière de l'information), l'article 2303 al. 1er c. civ. semble faire double emploi avec l'article 2295 c. civ.[2] (supra n°225). On sait que ce dernier texte impose à tout créancier d'avertir la caution (quelconque) de la défaillance du débiteur : à première vue, l'article 2303 c. civ. est une redite (puisque la qualité de créancier professionnel et celle de caution personne physique n'auraient rien de spécifique).

[1] Art. 2303 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement, à peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée.
« Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. »

[2] Art. 2295 c. civ. : « Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. »

L'article 2303 c. civ. se borne simplement à *préciser la notion de défaillance* : « dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement ». Lorsque le débiteur ne régularise pas dans le mois l'échéance impayée, le créancier professionnel doit en informer la caution personne physique (même parfaitement au courant de la situation, quand elle est le dirigeant social).

La *justification du devoir spécial* d'information pesant sur le créancier professionnel ne s'explique pas par son caractère technique. L'information délivrée dans le cadre de l'article 2303 al. 1er c. civ. est identique à celle que doit délivrer tout créancier dans le cadre de l'article 2295 c. civ. L'explication est donc ailleurs, dans la sanction infligée spécifiquement au créancier professionnel qui n'informe pas rapidement : il subira une déchéance spéciale (infra).

c/ La retransmission de l'information destinée à certaines sous-cautions

237. La **retransmission de l'information destinée à certaines sous-cautions** (innovation de 2021) est prévue à l'article 2304 c. civ.[1], afin d'adapter la législation aux figures complexes du cautionnement.

On sait que la caution peut convenir avec une sous-caution (art. 2291-1 c. civ.[2] ; supra n°202) de la prise en charge du recours en remboursement contre le débiteur défaillant. En pratique, la caution est souvent une banque (qui cherche à sécuriser le créancier) et la sous-caution est un proche du débiteur (fréquemment une personne physique).

Lorsque la caution reçoit une information spécifique, elle doit désormais la retransmettre à la sous-caution, parce que cette dernière est, substantiellement, dans la même situation qu'elle.

L'article 2304 c. civ. affirme donc que : « Dans le mois qui en suit la réception, la caution communique à ses frais à la sous-caution personne physique les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303. » Tel qu'il est rédigé, le texte ne vise qu'un destinataire spécifique (« la caution personne physique) et ne traite de la transmission que de certaines informations (« reçues en application des articles 2302 et 2303 »). La sanction de l'inexécution de cette obligation n'est pas évoquée.

238. L'**identité des personnes** qui doivent transmettre et recevoir l'information donne lieu à une vision restrictive, qui cadre avec les devoirs secondaires spéciaux imposés au créancier professionnel.

L'article 2304 c. civ. ne traite pas des informations qui doivent être transmises (au titre du devoir de bonne foi) dans le cadre général du cautionnement. Quand le créancier (quelconque) actionne

[1] Art. 2304 c. civ. : « Dans le mois qui en suit la réception, la caution communique à ses frais à la sous-caution personne physique les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303. »

[2] Art. 2291-1 c. civ. : « Le sous-cautionnement est le contrat par lequel une personne s'oblige envers la caution à lui payer ce que peut lui devoir le débiteur à raison du cautionnement. »

la caution (quelconque), cette dernière en informe le débiteur afin de savoir s'il dispose de moyens de défense (art. 2311 c. civ.[1] ; infra).

– Si c'est le cas, il va de soi que la caution transmettra cette information à la contre-caution (art. 2291 c. civ.) : si le débiteur dispose d'un moyen de défense, la caution ne paye pas et la contre-caution (informée par la caution de ce moyen de défense) n'a pas non plus à payer le créancier.

– Si la caution paie le créancier sans avertir le débiteur (disposant d'un moyen de défense) et se retourne ensuite contre la sous-caution, cette dernière opposera valablement l'absence de défaillance du débiteur principal. La caution imprudente se retournera contre le créancier (art. 2311 c. civ.[2]).

L'article 2304 c. civ. possède un domaine d'application nettement plus restreint. Les personnes concernées par le transfert d'information sont uniquement les cautions qui doivent être informées spécialement et les sous-cautions personnes physiques.

– seules les cautions informées « en application des articles 2302 et 2303 » doivent transmettre l'information. Pour rappel, l'information annuelle est destinée aux cautions personnes physiques (art. 2302 al. 1er et 2 c. civ.[3]), ainsi que les cautions personnes morales en présence d'un crédit bancaire octroyé à une entreprise (art. 2302 al. 3 c. civ.[4]). L'information spéciale sur la défaillance (art. 2303 c. civ.) n'est destinée qu'aux cautions personnes physiques.

– A contrario, une caution qui n'a pas à être informée « en application des articles 2302 et 2303 » n'est évidemment pas tenue de transmettre une information dont elle ne dispose pas. Si le bailleur est garanti par une caution bancaire, elle-même garantie par un sous-cautionnement, aucune information annuelle sur l'évolution du cautionnement et sur sa durée restante ne sera fournie par le créancier ;

– selon l'article 2304, seule la « *sous-caution personne physique* » sera informée par la caution (si elle reçoit les informations prévues aux articles 2302 et 2303 c. civ.). Une sous-caution personne morale n'a pas à être avertie.

Le transfert d'information, tel qu'il est prévu dans le cadre de l'article 2304 c. civ., s'inspire à l'évidence des devoirs spéciaux imposés au créancier professionnel : on note que la retransmission de ces informations spécifiques doit avoir lieu rapidement (« Dans le mois qui en

[1] Art. 2311 c. civ. : « La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier. »

[2] Art. 2311 c. civ. : « La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier. »

[3] Art. 2302 al. 1er et 2 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie (...).

« Le créancier professionnel est tenu (...) de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.

[4] Art. 2302 al. 3 c. civ. : « Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordé~~[e]~~ à une entreprise. »

suit la réception »). Mais si la caution omet de retransmettre l'information, quelle est la sanction applicable ? Le texte n'en dit pas un mot.

(239- à 243. : réservés)

244. Les **différentes informations sur l'exécution du débiteur** permettent à des cautions (souvent personne physique) de recevoir une information précise de la part de créanciers professionnels.

Les informations annuelles indiquent le montant des dettes couvertes ainsi que la durée de l'engagement de la caution : les créanciers professionnels possèdent ces *informations à caractère technique* et ils peuvent les transmettre sans trop de difficultés à des cautions souvent vulnérables (personnes physiques) ou dangereusement exposées (caution personne morale garantissant un concours bancaire destiné à une entreprise).

L'information sur la défaillance du débiteur quand elle est imposée spécifiquement au créancier professionnel envers la caution personne physique s'explique par la *volonté de fragiliser le titre* dont disposera le créancier professionnel. Cette obligation spécifique ne s'explique en effet que par la sanction spécifique qui sera infligée au créancier professionnel. De ce point de vue, la question de la sanction du défaut d'information prend une importance inédite.

2/ La sanction du défaut d'information : *la réduction progressive de l'obligation de couverture*

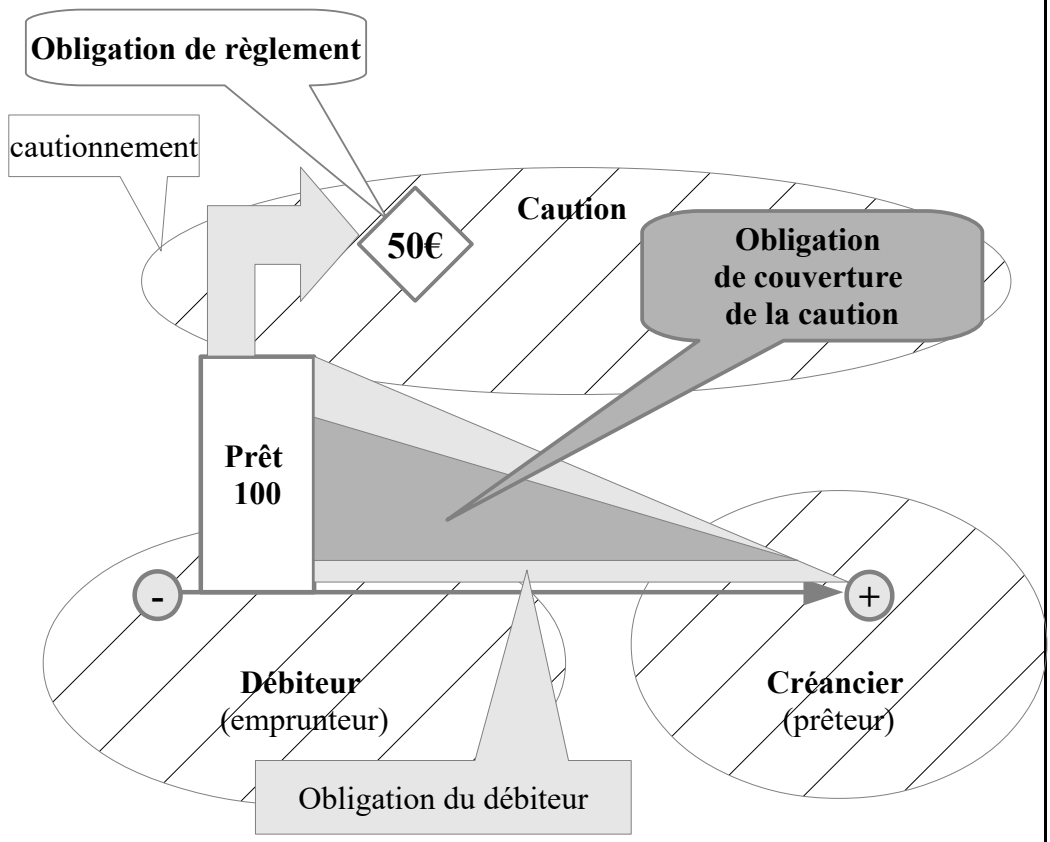
245. La **sanction du défaut d'information** infligée au créancier professionnel (au titre de ses devoirs spécifiques : art. 2302 et 2303 c. civ.) consiste en une réduction progressive de l'obligation de couverture de la caution, en appliquant la technique de l'inopposabilité partielle. Lorsque le créancier professionnel omet d'informer certaines cautions, une même sanction en deux temps est infligée au créancier (schéma 3.5) :

- « sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. » L'obligation de couverture de la caution est réduite.
- « Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur

le principal de la dette. » Les paiements effectués par le débiteur sont, aux yeux de la caution, imputés uniquement sur le principal.

Schéma 3.5

La déchéance pour défaut d'information :
la réduction progressive de l'obligation de couverture



246. La **réduction de l'obligation de couverture de la caution non informée** a lieu pendant toute la durée du manquement commis par le créancier (professionnel) :

– lorsque le créancier professionnel n'informe pas la caution (personne physique[1] ; personne morale : art. 2302 al. 3 c. civ.) sur le montant de

[1] Art. 2302 al. 1er c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués

l'obligation de couverture restant dû au titre de l'année précédente, la caution ne couvre plus les « intérêts et pénalités échus » pendant la durée du manquement. Informée l'année n+1, mais pas l'année n+2, et de nouveau informée l'année n+3, la caution ne couvre pas les intérêts échus lors de l'année n+2, ni les frais liés aux manquements commis par le débiteur pendant l'année n+2 ;

– lorsque le créancier professionnel n'informe pas la caution (personne physique[1] ; parfois personne morale[2]) sur la durée de l'obligation de couverture restant à courir (ou sur la faculté de résiliation sur le cautionnement est à durée indéterminée), la même sanction est encourue : si le débiteur rembourse correctement, aucune pénalité n'est due ; les intérêts échus, payés par le débiteur, ne sont pas couverts par la caution ;

– lorsque le créancier professionnel n'informe pas la caution (personne physique[3]) de l'incident de paiement dont le débiteur est l'auteur, la caution ne couvre plus ni les intérêts échus, ni les frais échus. Si le débiteur a été en retard pendant plus d'un mois sur une échéance de son prêt (1.000€ dus à l'échéance de mars de l'année +2, comprenant 800€ de principal et 200€ d'intérêts échus) et qu'il a régularisé au moi de mai, le créancier a pu percevoir des pénalités (150€), la caution non informée ne couvre que 800€.

Lorsque le créancier ne respecte pas l'une de ces différentes obligations d'information (il informe la caution sur la défaillance du débiteur, mais omet de l'informer sur l'évolution de la dette), il commet un manquement[4].

247. L'**imputation prioritaire des paiements sur le principal** signifie qu'une inopposabilité partielle s'applique aux paiements effectués par le débiteur :

---

par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.

[1] Art. 2302 al. 2 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée. »

[2] Art. 2302 al. 3 c. civ. : « Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordé~~[e]~~ à une entreprise. »

[3] Art. 2303 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement, à peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée.

« Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. »

[4] Civ. 2e, 30 avril 2025, n°22-22.033, Bull. ; D. 2025 p.828 : (abstrat) « La défaillance du débiteur principal, dont la caution personne physique doit être informée (...) dès le premier incident de paiement non régularisé, ne dispense pas le créancier professionnel de son obligation d'information annuelle (...) ».

– Lorsque le débiteur exécute correctement le contrat (ou finit par régulariser ses manquements), il rembourse à chaque échéance une fraction en principal et la fraction restante en intérêts. Si le débiteur rembourse par annuités de 30.000€ un emprunt de 100.000€ à un taux d'intérêts de 10%, le débiteur aura remboursé en 5 ans, conformément au tableau d'amortissement (infra) ;

– Envers la caution non informée par le créancier professionnel, tous les paiements effectués par le débiteur s'imputent exclusivement sur le principal de la dette. Les 30.000€ versés par le débiteur au créancier seront donc réputés imputés sur le principal : l'obligation de couverture de la caution se réduit progressivement (70.000€), alors que le principal dû par le débiteur est d'un montant plus élevé (80.000€) (tableau 3.1).

Tableau 3.1		**Amortissement d'un prêt sans information de la caution**				
Année	Capital restant dû	Intérêts versés (10%)	Capital remboursé	Total des versements du débiteur	Capital restant dû par le débiteur	Total garanti par la **caution jamais informée**
n1	100.000	10.000	20.000	**30.000**	80.000	**70.000**
n2	80.000	8.000	22.000	**30.000**	58.000	**40.000**
n3	58.000	5.800	24.200	**30.000**	33.800	**10.000**
n4	33.800	3.380	29.662	30.000	4.138	0
n5	4.138	413	4.138	4.551	0	0

– Cette inopposabilité partielle des paiements (effectués, mais sans tenir compte de leur imputation effective sur les intérêts) n'est pas régularisable. Si le créancier informe la caution en n+1 et n+3, les versements effectués en n+2 sont tous réputés affectés au principal (tableau 3.2) :

Tableau 3.2		**Amortissement d'un prêt sans information ponctuelle de la caution**				
Année	Capital restant dû	Intérêts versés (10%)	Capital remboursé	Total des versements du débiteur	Capital restant dû par le débiteur	Total garanti par la **caution non informée en n+2**
n1	100.000	10.000	20.000	30.000	80.000	80.000
n2	80.000	**8.000**	22.000	**30.000**	58.000	**50.000** (80.000 – 30.000)
n3	58.000	5.800	24.200	30.000	33.800	**25.800** (33.800 – 8.000)
n4	33.800	3.380	29.662	30.000	4.138	0
n5	4.138	413	4.138	4.551	0	0

La double sanction infligée au créancier professionnel lui imposera de respecter scrupuleusement ses devoirs spéciaux d'information : tout manquement (oubli d'informer la caution sur la durée restante de l'obligation de couverture) est sanctionné de la même manière, sans égard au dommage effectivement subi par la caution. Le créancier professionnel subi une réduction progressive du périmètre de la dette garantie : et ce créancier ne s'apercevra de cette sanction qu'au moment où il appellera la caution en garantie.

247-1 L'exception qu'oppose la caution n'est **pas soumise à prescription**[1] puisque l'obligation de la caution est soumise à une condition suspensive (dans l'hypothèse où le débiteur serait défaillant). Même après condamnation en justice, le créancier doit informer la caution annuellement[2]. En présence d'un cautionnement portant sur le découvert en compte courant, le solde du compte courant est d'un montant variable. L'information annuelle délivrée par la banque doit comprendre « le montant de l'autorisation de découvert, le solde du compte au 31 décembre et le taux de l'intérêt applicable à cette date »[3].

(248. : réservé)

Conclusion du §2ème/ Les devoirs secondaires du créancier envers la caution

249. Les **devoirs secondaires pesant sur le créancier envers la caution** comprennent un devoir général, pesant sur tout créancier envers toute caution et des devoirs catégoriels, pesant sur le créancier professionnel envers la caution, personne physique.

Les *devoirs généraux* pesant sur tout créancier envers toute caution sont sanctionnés par une déchéance proportionnée au manquement commis par le créancier.

– Si le créancier veut obtenir la couverture, par la caution, des conséquences du retard du débiteur, la caution doit être informée de sa défaillance (art. 2295 c. civ.). À défaut d'information, le créancier ne peut pas

[1] Voir :: Com., 6 juin 2018, n°17-10.103, Bull. ; Gaz. Pal. 2018, n°25, p. 19, note Marc Mignot ; Banque et droit, juillet-août 2018, p. 50, note Nicolas Rontchevsky ; RD bancaire et financier 2018, comm. 98, note Dominique Legeais.

[2] Mixte, 17 nov. 2006, n°04-12863, Bull. : « les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier, au sens de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, sous la condition d'un cautionnement, doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie ». Le créancier avait attendu plus de dix ans avant de réclamer paiement : la dette était passée de 53.000€ (en 1990) à 89.000€ (en 2001, date de la première réclamation de la banque).

[3] Com., 10 janvier 2012, n°10-25.586, Bull.

réclamer les frais et pénalités de retard ; mais le principal de la dette restant dû reste couvert ;

– Si le créancier prive la caution du recours subrogatoire (art. 2314 c. civ.), l'obligation (de règlement ou de couverture) de la caution est réduite à hauteur du dommage qu'elle subit.

Les *devoirs spéciaux* pesant sur le créancier professionnel envers certaines cautions (personne physique, personne morale garantissant un concours bancaire à une entreprise) sont sanctionnés par une déchéance qui suscitera un contentieux important pour fixer l'étendue de la perte progressive de l'obligation couverte par la caution. Pour rappel, le créancier professionnel doit :

– l'information annuelle sur l'*exécution* du contrat principal par le débiteur : le montant restant dû des obligations couvertes par la caution doit être correctement indiqué (art. 2302 al. 1er c. civ.).

– l'information annuelle sur la *durée* restante de l'obligation de couverture ; la faculté de résiliation doit être rappelée (art. 2302 al. 2 c. civ.).

– la caution personne physique (et non la caution, personne morale garantissant un concours financier à une entreprise) doit être spécifiquement informée des *incidents de paiements* non régularisés dans le mois (art. 2303 c. civ.).

Dans la législation contemporaine, le cautionnement souscrit par une personne physique (fréquemment un dirigeant de pme) impose des charges spécifiques au créancier professionnel. Le contentieux sur l'exécution de ces devoirs secondaires spécifiques aura lieu lorsque la caution sera appelée. C'est à ce moment que le créancier professionnel apprendra que son titre ne le couvre que pour une fraction de la dette.

Le législateur contemporain impose donc une connaissance du droit précise au créancier professionnel. Il est exposé à des pièges juridiques (auxquels il échappera éventuellement grâce à l'outil informatique).

– Avant 2021, le piège du cautionnement résidait dans la rédaction de la mention manuscrite (imposant de mentionner tous les détails : identité du débiteur, durée de l'obligation de couverture, chiffrage de l'obligation de règlement) ;

– Désormais, depuis 2021, le créancier professionnel doit maîtriser l'information sur l'exécution du débiteur. C'est là que se situe la nouvelle source du contentieux.

§3ème/ Les recours de la caution : *l'action en remboursement*

250. Les **recours de la caution** ont pour objet de permettre à la caution qui a payé le créancier, d'obtenir le remboursement d'une dépense qui ne doit pas peser sur elle à titre définitif. Ce mécanisme distinguant entre charge provisoire de la dette (qui pèse sur le garant personnel quand le risque se réalise) et la charge définitive de la dette (grâce à l'action en remboursement) est commun à toutes les sûretés personnelles ; ses modalités d'application sont précisées et parfois spécifiques en droit du cautionnement. Deux cas de figure sont à distinguer : le recours en remboursement sera dirigé contre le véritable débiteur de la dette, éventuellement contre les autres cautions.

Avec le *recours en remboursement exercé contre le véritable débiteur*, la caution identifie celui qui a été enrichi par le paiement et donc celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette. La solution est acquise en régime général des obligations : une dette ne s'éteint définitivement que lorsque le véritable débiteur a fini par payer ou rembourser ce qu'il doit[1].

Avec le recours en remboursement *dirigé contre les autres cautions*, la caution (solidaire) qui a intégralement désintéressé le créancier cherche à imposer aux autres cautions de supporter (provisoirement) une fraction de la dette. Le recours en remboursement ne sera que partiel : il s'agira de déterminer la part que chacun doit assumer, en espérant un remboursement par le débiteur.

En droit du cautionnement, une multiplicité de recours est donc prévue, ce qui signale l'attention du législateur (dès 1804) sur la situation d'une personne qui a réglé la dette d'autrui :

– le recours contre le véritable débiteur (I) a pour fonction d'apurer définitivement la situation. Il est intégral ;

– le recours contre les autres cautions (II) a pour fonction d'équilibrer provisoirement la situation. Il est partiel.

[1] *Régime général de l'obligation*, n°525 et suiv.

I/ Le recours en remboursement de la caution contre le véritable débiteur : *la charge définitive de la dette*

251. Le **recours en remboursement de la caution contre le véritable débiteur** permet de faire peser la charge définitive de la dette sur celui qui a été enrichi par le paiement. En droit du cautionnement, ce recours présente deux caractères courants : il est intégral et il est exercé contre le débiteur.

Le recours en remboursement est (normalement) *intégral*. Il porte sur le montant du principal que la caution a payé (directement ou par compensation) au créancier[1]. La question de l'inclusion des frais et des intérêts de retard donnera lieu à des précisions, en fonction du type de recours exercé.

Le recours en remboursement est (normalement, là encore) exercé contre le débiteur principal, puisque, en droit du cautionnement, le déclencheur ne doit être activé qu'en présence d'une défaillance du débiteur (tenu d'une dette échue, bonne et loyale).

La caution exercera donc son recours contre le débiteur principal (1), réserve faite de la survenance d'hypothèses marginales (2).

1/ Le recours exercé contre le débiteur principal

252. Le **recours exercé contre le débiteur principal** a pour objet de faire peser sur lui la charge définitive de la dette. Or, le débiteur, défaillant dans l'exécution d'une prestation qu'il n'était le plus souvent pas en mesure de payer au créancier, sera probablement tout aussi incapable de rembourser immédiatement la caution. Dans ces conditions, la caution, dans l'exercice de son recours en remboursement, risque d'être confrontée à un débiteur insolvable.

En *régime général des obligations*, on sait que le débiteur incapable de payer ses dettes bénéficie de diverses mesures de protection (délai de grâce ; plan de rétablissement ou de traitement, en droit du surendettement ; procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire, en droit des procédures collectives). Tous ces obstacles seront opposés par le débiteur au recours de la caution, comme ils l'ont été à l'action du créancier.

[1] En cas de manquement commis par le créancier envers la caution, donnant lieu à compensation, le recours en remboursement exercé par la caution envers le débiteur porte sur l'intégralité de la dette à laquelle la caution était tenue. Voir : Com., 6 juillet 2022, n°20-17.279, Bull. : (abstrat) « La compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts, résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière, au titre de sa garantie envers ce même créancier, n'éteint pas la dette principale garantie mais, à due concurrence, l'obligation de la seule caution. »

Mais la défaillance du débiteur n'est pas synonyme d'insolvabilité. Dans le cautionnement solidaire, la caution renonce au bénéfice de discussion (art. 2305 c. civ.[1]) : elle s'engage donc à payer, même si le débiteur dispose de biens saisissables (et qu'il est donc solvable, envers elle du moins). La renonciation au bénéfice de discussion signifie que la caution prend à sa charge la procédure d'exécution forcée, en lieu et place du créancier (originaire). On sait également que la caution et le créancier ont pu convenir de la prise de sûretés réelles sur le débiteur, afin de garantir l'action en paiement de l'un (créancier) ou de l'autre (caution).

En droit du cautionnement, et à l'inverse de ce qui se produit dans les autres sûretés personnelles, la caution dispose de deux types de recours contre le débiteur principal[2] :

– le recours personnel (a) est exercé par la caution à titre chirographaire ;

– le recours subrogatoire (b) permet à la caution d'obtenir les sûretés réelles détenues sur le débiteur.

a/ Le recours personnel : *la caution, créancier chirographaire*

253. Le **recours personnel** est exercé par la caution en qualité de créancier chirographaire.

– Il ne sera praticable que lorsque le débiteur (personne physique) est redevenu solvable, ce qui peut donc prendre du temps, et s'avérer aléatoire.

– Lorsque le débiteur est une société de capitaux qui a fait l'objet d'une liquidation judiciaire, le recours personnel de la caution ne présente aucun intérêt (puisque les créanciers chirographaires n'obtiennent rien, le plus souvent).

Le recours personnel (art. 2308 c. civ.[3]) présente un avantage ponctuel et est soumis au droit commun pour le reste.

[1] Art. 2305 c. civ. : « Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal.
« Ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire. »

[2] La déclaration de créance est effectuée par le créancier, en présence d'un recours subrogatoire (exercé alors par la caution) et par la caution, en présence d'un recours personnel. Voir : Com., 12 mai 2009, n° 08-13.430, Bull..

[3] Art. 2308 c. civ. : « La caution qui a payé tout ou partie de la dette a un recours personnel contre le débiteur tant pour les sommes qu'elle a payées que pour les intérêts et les frais.
« Les intérêts courent de plein droit du jour du paiement.
« Ne sont restituables que les frais postérieurs à la dénonciation, faite par la caution au débiteur, des poursuites dirigées contre elle.
« Si la caution a subi un préjudice indépendant du retard dans le paiement des sommes mentionnées à l'alinéa premier, elle peut aussi en obtenir réparation. »

Premièrement, son *assiette* est large. La caution demande non seulement le remboursement de tout ce qu'elle a dû verser au créancier (dépense faite[1]), mais aussi du dommage moratoire (gain manqué).

– toutes les sommes versées par la caution doivent être remboursées par le débiteur. Selon l'article 2308 al. 1er, l'assiette du recours personnel comprend « tant (...) les sommes qu'elle a payées que (...) les intérêts et les frais. » On sait que la caution ne doit les frais et les intérêts de retard que si elle a été informée par le créancier (art. 2295 c. civ.[2]) ; le débiteur ne doit les lui rembourser que s'il en a été préalablement informé par la caution : selon l'article 2308 al. 3, « Ne sont restituables que les frais postérieurs à la dénonciation, faite par la caution au débiteur, des poursuites dirigées contre elle. » La caution enverra donc un accusé-réception avertissant le débiteur de l'action du créancier à son encontre, avec copie de la mise en demeure mentionnant l'existence des frais et intérêts de retard à échoir en l'absence de régularisation ;

– depuis 2021, les *intérêts courent de plein droit* sur toutes les sommes versées par la caution. Selon l'article 2308 al. 2 c. civ., « Les intérêts courent de plein droit du jour du paiement. » En application du droit commun (art. 1231-6 al. 1er et 2 c. civ.[3]), le débiteur doit le taux légal ; mais la caution et le débiteur ont pu, par contrat spécifique, convenir d'un taux différent (plus incitatif)[4].

– La caution peut enfin obtenir une indemnisation au titre du dommage « indépendant du retard » (art. 2308 al. 3 c. civ.[5]). Le législateur reprend la formulation obscure employée à propos de l'inexécution des obligations de somme d'argent (art. 1231-6 al. 3 c. civ.[6]), lorsque le débiteur est de mauvaise foi.

[1] La caution d'un débiteur professionnel en procédure collective effectuera une déclaration de créance, à raison du montant qu'elle a payé ou qu'elle s'apprête à payer. Art. L 622-34 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce) c.com. : « Même avant paiement, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent procéder à la déclaration de leur créance pour la sauvegarde de leur recours personnel. »

[2] Art. 2295 c. civ. : « Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. »

[3] Art. 1231-6 c. civ. : « Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.
« Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. (...) ».

[4] Auparavant, les intérêts moratoires couraient de plein droit dès le paiement effectué par la caution (Civ. 1ère, 26 avril 1977, Bull. n°187) : au taux légal, sauf convention contraire conclue entre la caution et le débiteur prévoyant un taux différent (Civ. 1ère, 22 mai 2002, D. 2002.AJ.1899).

[5] Art. 2308 al. 3 c. civ. : « Si la caution a subi un préjudice indépendant du retard dans le paiement des sommes mentionnées à l'alinéa premier, elle peut aussi en obtenir réparation. »

[6] Art. 1231-6 al. 3 c. civ. : « Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. »

Deuxièmement, la *prescription* du recours personnel est celle de droit commun, c-à-d. cinq ans (art. 2224 c. civ.[1]). La caution doit donc effectuer ou obtenir un acte interruptif de prescription, à renouveler tous les cinq ans[2] : l'interruption de la prescription a lieu par une action en justice (art. 2241 c. civ.[3]) ou lorsque le débiteur reconnaît sa dette (art. 2240 c. civ.[4]).

Troisièmement, l'exercice du recours personnel de la caution *contre le débiteur en faillite* dépend des dispositions propres au droit de la faillite (quand elles existent) :

- en présence d'un débiteur surendetté, le *recours personnel de la caution personne physique* n'est pas altéré par le droit du surendettement. Le débiteur, personne physique, ne pourra jamais bénéficier ni des mesures de traitement (c-à-d. de rééchelonnement), ni de rétablissement personnel (art. L 733-7 2° c. conso.[5]; art. L 741-3 c. conso.[6]) : il sera tenu d'un passif à vie, inapurable. Un raisonnement a contrario aurait pu conduire à affirmer que le recours en remboursement exercé par la caution personne morale serait affecté par les mesures de protection dont bénéficie le débiteur surendetté : mais un arrêt (curieux) a affirmé le contraire[7].
- en présence d'un débiteur professionnel, le recours personnel de la caution ne sera exercé que si le débiteur survit à la procédure collective : en cas de

[1] Art. 2224 c. civ. (loi n°2008-561 du 17 juin 2008) : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

[2] *Régime général des obligations*, n°608.

[3] Art. 2241 c. civ. : « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.
« Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure. »

[4] Art. 2240 c. civ. : « La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription. »

[5] Art. L 733-7 c. conso. : « La commission peut recommander, par proposition spéciale et motivée, les mesures suivantes : (...) 2° L'effacement partiel des créances combiné avec les mesures mentionnées à l'article L. 733-1. Celles de ces créances dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ne peuvent faire l'objet d'un effacement.[...] » ; art. L 741-3 c. conso. (rétablissement personnel) ; art. L 742-22 c. conso. : « La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de celles dont le montant a été payé en lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. »

[6] Art. L 741-3 al. 1er c. conso. : « Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire rendu exécutoire par le juge du tribunal [judiciaire] entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date de l'ordonnance conférant force exécutoire à la recommandation, à l'exception des dettes visées à l'article L. 711-4, de celles mentionnées à l'article L. 711-5 et des dettes dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. »

[7] Civ. 1ère, 4 avril 2024, n°22-18.822, Bull. ; D. 2024 p.676 : point 9. « (...) les mesures de rééchelonnement des dettes de la débitrice par un plan de surendettement ne sont pas opposables à la caution qui, ayant payé le créancier après l'adoption du plan, exerce son recours personnel ». En l'espèce, la caution était une personne morale. L'arrêt contient-il une erreur ?

liquidation judiciaire d'une société de capitaux (art. 643-11 I c. com.[8]), aucun recours n'est envisageable ;

– en présence d'un entrepreneur individuel ou d'une société de personnes, le recours (exercé contre une personne physique) subsiste. Mais qu'en est-il en présence d'un rétablissement professionnel (mesure apurant le passif professionnel : art. 645-1 et suiv. c. com.) ? Aucune mesure ne traite du recours en remboursement exercé par les cautions (personne physique ou morale) contre l'entrepreneur bénéficiant d'un rétablissement professionnel.

L'exercice du recours personnel en remboursement de la caution contre le débiteur en faillite donne lieu à des solutions actuellement mal assurées. Il semblerait que la caution (personne physique ou morale) ne soit pas affectée par les mesures de protection du débiteur en faillite. Ponctuellement, le droit des sûretés l'emporterait donc sur le droit de la faillite (supra, n°27).

b/ Le recours subrogatoire : *le transfert des sûretés réelles détenues sur le débiteur*

254. Le **recours subrogatoire** permet à la caution d'exercer contre le débiteur le même recours que celui dont disposait le créancier. Selon l'article 2309 c. civ. : « La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. » Le créancier originaire, payé par la caution, lui transmet son titre de créance, comme en présence d'une cession de créance (art. 1321 al. 3 c. civ.[1]) : ce titre comprend tous les accessoires (obligation réelle), et spécialement les sûretés réelles, détenues sur le débiteur (privilège, hypothèque, fiducie …) ou un tiers (caution réelle).

Le recours subrogatoire présente trois caractères, dont le premier explique son attractivité :

– Premièrement, la caution détient le titre avec tous ses accessoires, à savoir les *sûretés réelles* (conventionnelles ou légales[2]) : la caution, en tant que créancier subrogé, pourra ainsi transférer le risque d'insolvabilité sur les autres

[8] Art. L 643-11 I c. com. : « Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur (...) ».Selon l'article 643-11 II « *Toutefois, la caution ou le coobligé qui payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci* ».

[1] Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. »

[2] Privilège du créancier vendeur de meubles, à raison de l'utilité économique de son acte etc… : les sûretés légales font l'objet d'une subrogation, sauf exception légale (ainsi, l'AGS, ayant payé les salariés, créanciers, subit-elle un déclassement).

créanciers (chirographaires) (infra). Un débiteur qui ne peut pas payer étant fréquemment insolvable, le recours subrogatoire sera très souvent le seul recours efficace (ce qui explique la déchéance que subit le créancier qui laisse dépérir les sûretés réelles : art. 2314 c. civ.[1]). La transmission d'une sûreté réelle (efficace) garantit à la caution que le risque d'impayé sera provisoire.

– Deuxièmement, l'assiette de son recours subrogatoire inclut le principal ainsi que, depuis 2016[2] les intérêts. Selon l'article 1346-4 al. 2 c. civ.[3], « Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance ». La caution aura droit aux intérêts moratoires, le temps de la procédure d'exécution forcée initiée contre le débiteur.

– Troisièmement, la durée de la *prescription* du recours subrogatoire est celle applicable au titre transmis, à savoir cinq ans en droit commun (art. 2224 c. civ.[4])[5]. En présence d'une sûreté réelle efficace, le recours subrogatoire est exercé rapidement : la prescription extinctive de l'action en paiement n'a normalement pas eu lieu.

L'efficacité du recours subrogatoire explique pourquoi la caution et le créancier ont pu, lors de la conclusion du cautionnement, aborder cette question (supra). Évidemment, l'obtention d'une sûreté réelle sur le débiteur suppose que ce dernier ait été en mesure de la fournir, lors de la conclusion du cautionnement ou, plus exceptionnellement, lors de l'obtention d'un délai conventionnel de paiement.

(255- à 258. : réservés)

259. Les **recours en remboursement exercés contre le débiteur principal** permettent donc à la caution d'obtenir un remboursement plus ou moins rapide par le

[1] Art. 2314 c. civ. : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[2] Auparavant, le recours subrogatoire était limité au montant payé par la caution au créancier : Civ. 1ère, 21 fév. 2006, n°04-15651, D. 2006 p.1873 à 1875, note Inès Gallmeister : « la subrogation est à la mesure du paiement ».

[3] Art. 1346-4 al. 2 c. civ. : « Toutefois, le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt. Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance, dans les limites, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà. »

[4] Art. 2224 c. civ. : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

[5] Com., 5 mai 2021, n° 19-14.486, Bull. ; D. 2021 p.900 (prescription extinctive de l'action subrogatoire exercée par la caution) : « point 5. (…) la caution qui est subrogée dans les droits du créancier ne dispose que des actions bénéficiant à celui-ci, de sorte que l'action subrogatoire de la caution contre le débiteur est soumise à la même prescription que celle applicable à l'action du créancier contre le débiteur, laquelle ne commence à courir que du jour où le créancier a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

débiteur. En pratique, le recours subrogatoire peut se combiner avec le recours personnel.

La caution exercera un recours subrogatoire quand elle détient une sûreté réelle efficace. Le remboursement sera alors effectif, intégral (sur la valeur du bien servant d'assiette à la sûreté réelle) et relativement rapidement (en tenant compte des délais de la procédure d'exécution forcée ou de la durée de la procédure de faillite, clôturée par la liquidation). Le remboursement est limité au montant de la dette en principal.

Le recours personnel exercé par la caution est fragile : il faut attendre que le débiteur se redresse, ce qui sera exclu quand une société de capitaux est soumise à liquidation judiciaire. Mais l'assiette du recours personnel est large : elle inclut les frais (dès que la caution en informe le débiteur), ainsi que les intérêts qui courent depuis le paiement.

Le recours subrogatoire permet d'obtenir remboursement du capital (dette impayée en principal), le recours personnel d'obtenir le remboursement des frais et des intérêts de retard.

2/ Les recours spécifiques en remboursement

260. Les **recours spécifiques en remboursement** correspondent à des hypothèses marginales, parfois prévues en droit du cautionnement, parfois résultant de l'application du droit commun.

En application du droit commun des obligations, il peut arriver que le paiement effectué par la caution ne profite pas au débiteur garanti ou à lui seul. La caution a pu payer à tort le créancier ; elle a pu payer la dette due par un groupe solidaire. La liberté contractuelle permet également l'adoption de figures complexes, comme le sous-cautionnement. Enfin, la caution peut exceptionnellement obtenir une mesure conservatoire à l'encontre du débiteur.

Quatre hypothèses peuvent être distinguées : l'action en remboursement peut être dirigée

- contre le créancier (a) ;
- contre une sous-caution (b) ;
- contre l'un des codébiteurs (c) ;
- et contre le débiteur, à titre préventif (d).

a/ Le recours en remboursement exercé contre le créancier : *la répétition de l'indu*

261. Le **recours en remboursement exercé contre le créancier** aura lieu lorsque la caution, actionnée par le créancier en raison de la défaillance alléguée du débiteur, a payé sans informer le débiteur qui disposait pourtant d'un moyen de défense valide. Ce cas de figure est prévu à l'article 2311 c. civ.[1] :

[1] Art. 2311 c. civ. : « La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier. »

Le paiement indu réalisé par la caution aura lieu, lorsque la caution « a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. » La caution qui n'informe pas le débiteur de son paiement prend le risque de payer de manière indue. Il en va ainsi, lorsque :

- le débiteur a payé, probablement avec retard, le créancier. Le locataire a payé son loyer le 5 du mois, alors que le loyer doit être payé le 1er ; le créancier a averti la caution, mais la caution n'a pas informé le débiteur. Le créancier a donc reçu deux paiements au lieu d'un ;
- le débiteur n'a pas payé le créancier, parce qu'il dispose d'une exception valide. Le locataire n'a pas payé les charges que le bailleur n'a pas justifiées (exception d'inexécution) ; le client invoque l'exception de compensation envers l'entrepreneur, auteur de malfaçons. Depuis 2021, les exceptions personnelles ou inhérentes à la dette que le débiteur peut invoquer (supra, n°115) doivent être invoquées par la caution[1] puisque la caution ne garantit que des dettes valides.

Parmi les conditions prévues à l'article 2311 c. civ., celle relative à l'absence d'information envoyée par la caution prend une place centrale, puisqu'elle caractérise *la faute commise par la caution*. À l'inverse, si la caution ne commet aucune imprudence, cela signifie que son paiement était justifié : si le débiteur omet d'informer la caution d'une exception dont il disposait envers le créancier, ce sera à lui d'obtenir un remboursement de la part du créancier (en application du droit commun[2]).

La conséquence du paiement indû réalisé par la caution conduira cette dernière à agir en restitution contre le créancier (art. 2311 in fine : « Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier. »). À parler strictement, il s'agit d'un paiement indu (art. 1302 al. 1er c. civ.[3]). Le créancier, enrichi final par un paiement auquel il n'avait pas droit, doit restituer[4]. La solution prévue à l'article 2311 in fine c. civ. (la caution « peut agir en restitution contre le créancier. ») est une illustration du droit commun.

b/ L'action en remboursement exercée contre la sous-caution : *le recours contractuellement prévu*

262. L'**action en remboursement exercée contre la sous-caution** est habituellement pratiquée par les banques. La liberté contractuelle permet de créer des figures complexes : la caution accepte de s'engager envers le créancier, mais elle pourra exercer sans délai son recours en remboursement contre une sous-caution (art. 2291-1 c. civ.[5] ; supra n°202). Le régime de ce recours en remboursement présente une spécificité ponctuelle.

[1] Art. 2298 al. 1er c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur ».
[2] *Régime général de l'obligation*, n°251 et suiv.
[3] Art. 1302 al. 1er c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. (...) ».
[4] Art. 1352 à 1352-9 c. civ. Voir : *Régime général de l'obligation*, n°651 et suiv.
[5] Art. 2291-1 c. civ. : « Le sous-cautionnement est le contrat par lequel une personne s'oblige envers la caution à lui payer ce que peut lui devoir le débiteur à raison du cautionnement. »

Par son objet, le sous-cautionnement transfère sur la sous-caution le risque de l'action en remboursement. La sous-caution se chargera d'exercer elle-même les poursuites contre le débiteur[1], si ce recours est praticable. En tant qu'intermédiaire, la caution doit donc transmettre à la sous-caution les *sûretés détenues sur le débiteur* (au titre du recours subrogatoire). Aucune disposition ne le prévoit explicitement, mais la solution va de soi (au titre de l'exécution de bonne foi). La privation du recours subrogatoire, commise par la caution envers la sous-caution, est sanctionnée par la déchéance (art. 2314 c. civ.[2], par analogie ; supra n°222). La sous-caution bénéficie donc du recours personnel et du recours subrogatoire.

La caution, intermédiaire entre le créancier et la sous-caution, doit *retransmettre les informations fournies par le créancier*. Or, ces informations sont de deux types :

- tout créancier doit informer toute caution (au titre des devoirs secondaires généraux) de la défaillance du débiteur pour pouvoir réclamer les frais et intérêts liés au retard (art. 2295 c. civ.) ; la caution, actionnée, doit en informer le débiteur (art. 2311 c. civ.[3] ; supra n°261). La caution, si elle tarde à payer, n'obtiendra remboursement des frais et intérêts de retard, de la part de la sous-caution, que si cette dernière a été correctement informée de leur échéance. La sanction prévue à l'article 2295 c. civ. s'applique par analogie ;
- le créancier professionnel doit informer certaines cautions (au titre des devoirs secondaires spéciaux) annuellement (art. 2302 c. civ.) et de la défaillance du débiteur (art. 2303 c. civ.), sous peine d'une déchéance spécifique (réduction progressive de l'obligation de couverture de la caution). Si la caution ne retransmet pas à la sous-caution (art. 2304 c. civ.[4], supra n°237) les informations données par le créancier, la sous-caution est-elle en droit de prétendre à l'application de la déchéance spécifiquement prévue ? Le doute existe, puisque la sanction de l'absence d'information destinée à la sous-caution n'est pas précisée par l'article 2304 c. civ. La jurisprudence (ou la loi de ratification de l'ordonnance) dira.

L'action en remboursement exercée par la caution contre la sous-caution est une garantie pour le créancier : il réduit le risque d'une contestation de son obligation par la caution, puisque cette dernière est (normalement) assurée d'un remboursement rapide par la sous-caution : cette dernière assumera les risques et la lenteur de l'exécution forcée dirigée contre le débiteur.

---

[1] Com., 17 mai 2017, n°15-18.460, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n° 24, p. 22, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand ; JCP 2017, éd. G, Act., 641, note Vincent Rivollier ; D. 2017, somm., p. 1117 : (abstrat) « La sous-caution ne garantit pas la dette du débiteur principal envers le créancier mais la dette de remboursement du débiteur principal envers la caution qui a payé à sa place le créancier ». Voir : Com., 7 janvier 2014, n°12-20.204, Bull. ; Com., 18 mars 2014, n°13-12.444, Bull. ; RLDC 2014, Actu;, n°5421, p. 34-35, note Gaëlle Marraud des Grottes ; Com., 27 septembre 2017, n°15-24.895, Bull.

[2] Art. 2314 c. civ. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.

« Toute clause contraire est réputée non écrite.

« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

[3] Art. 2311 c. civ. : « La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier. »

[4] Art. 2304 c. civ. : « Dans le mois qui en suit la réception, la caution communique à ses frais à la sous-caution personne physique les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303. »

c/ L'action en remboursement en présence de codébiteurs solidaires : *une caution étrangère au groupe*

263. L'**action en remboursement en présence de codébiteur solidaires** sera exercée par la caution (d'un des codébiteurs solidaires), quand elle a payé seule la dette, de sorte que les autres codébiteurs ont profité de son paiement. Selon l'article 2310 c. civ.[1], « Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution dispose contre chacun d'eux des recours prévus aux articles précédents. » La caution, après information donnée à l'un des codébiteurs, réclamera un remboursement intégral de l'un quelconque des codébiteurs solidaires, en exerçant aussi bien le recours personnel que le recours subrogatoire[2].

La caution actionnée par le créancier *informera l'un des codébiteurs de leur défaillance* à honorer la dette. Non spécifiquement prévu en droit du cautionnement, ce devoir d'information produit deux conséquences :

– Chaque codébiteur qui reçoit une information doit la transmettre aux autres membres du groupe. La caution d'un des codébiteurs solidaires informera donc prioritairement celui qu'elle cautionne, pour savoir si une exception doit être opposée à l'action du créancier.

– Depuis 2018 (loi n°2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016), la compensation peut être directement invoquée par un codébiteur solidaire, tiers à la compensation (art. 1347-6 c. civ.[3]). La caution peut invoquer la compensation entre le montant que lui réclame le créancier et ce que le créancier doit à l'un des codébiteurs (même non cautionné).

La caution d'un des codébiteurs solidaires qui a payé seule la dette (dans la limite de son obligation de règlement) dispose d'un recours en *remboursement intégral contre l'un quelconque des codébiteurs*, sans avoir à fractionner son action en remboursement :

– Le groupe solidaire que forme les codébiteurs n'inclut pas la caution (même solidaire). Si deux co-emprunteurs solidaires (A et B) sont tenus de rembourser 10.000€ et que la caution garantit l'un des deux co-emprunteurs (A) pour un montant de 7.000€ (obligation de règlement), la caution réclamera remboursement des 7.000€ à B (solvable) ou à A. La caution n'a pas à fractionner son action puisque le principe de la dette conjointe (art. 1309 c. civ.) est écarté en présence d'une obligation solidaire (art. 1310 c. civ.[4]) ;

– La caution (simple ou solidaire) de l'un des codébiteurs solidaires reste donc étrangère au groupe. C'est la raison pour laquelle son recours en remboursement est

[1] Art. 2310 c. civ. : « Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution dispose contre chacun d'eux des recours prévus aux articles précédents. »

[2] Civ. 1ère, 25 mai 2022, n°20-21.488, Bull. ; D. 2022 p.1036 (l'un des codébiteurs aurait pu invoquer l'absence de déchéance du terme) : « l'absence de déchéance du terme à l'égard de l'un des débiteurs solidaires ne prive pas la caution de son droit d'exercer à son encontre son recours personnel. »

[3] Art. 1347-6 c. civ. (loi n°2018-287 du 20 avril 2018) : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.
« Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. »

[4] Art. 1310 c. civ. : « La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n°120 et suiv.

exercé intégralement, alors que, au sein du groupe, le recours en remboursement sera exercé en fonction du profit tiré par chacun de l'exécution de la prestation (art. 1317 c. civ.[1])[2].

La caution disposera donc des deux recours contre les codébiteurs, à savoir du recours personnel (art. 2308 c. civ.) et du recours subrogatoire (art. 2309 c. civ.). Si le créancier disposait d'une sûreté réelle sur B, la caution subrogée obtiendra un paiement prioritaire sur le bien de B ; si ce bien ne suffit pas à apurer la dette, la caution exercera un recours personnel contre A ou contre B.

L'action en remboursement exercée contre des codébiteurs solidaires montre donc que la caution reste étrangère au groupe : envers le créancier, la caution solidaire peut être actionnée au même moment que les codébiteurs (dès la mise en demeure restée sans effet), mais c'est le seul effet du caractère solidaire du cautionnement.

d/ La mesure préventive envers le débiteur : *l'obtention d'une sûreté judiciaire en cas de délai de paiement*

264. La **mesure préventive envers le débiteur** sera prise par la caution quand le débiteur bénéficie d'un délai de paiement octroyé gracieusement par le créancier. La caution, menacée par ce délai, pourra préserver ses intérêts en obtenant une sûreté judiciaire.

On sait (supra n°207) que le débiteur a pu bénéficier d'un *délai conventionnel de paiement* octroyé par le créancier. La caution dispose alors d'une triple option (art. 2320 c. civ.[3]) , à savoir payer immédiatement (et exercer son recours en remboursement) ou payer ultérieurement, conformément au nouveau délai, avec ou sans prise de sûreté sur le débiteur. Lorsque la caution craint une aggravation de la situation du débiteur à l'avenir, l'obtention d'une sûreté judiciaire suppose que la caution dispose d'un recours personnel fragile et d'aucun recours subrogatoire :

– le recours personnel exercé par la caution à titre chirographaire expose la caution à un risque d'impayé : en présence d'un actif insuffisant, la caution est soumise au principe égalitaire, c-à-d. au prélèvement proportionnel (art. 2285 c. civ.). Plus le passif s'accroît, plus la fraction obtenue par la caution sera faible.

– la caution ne disposera d'un recours subrogatoire que si elle a convenu avec le créancier, lors de la conclusion du cautionnement, de la prise d'une sûreté réelle sur le débiteur. Fréquemment, ce recours subrogatoire est absent : c'est le cas en l'occurrence.

Lorsque la caution estime qu'elle risque de subir un préjudice, spécifiquement lié à la réduction de la fraction obtenue dans le cadre de son recours personnel, elle pourra obtenir du juge une

[1] Art. 1317 c. civ. : « Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part.
« Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part.
« Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité. »

[2] *Régime général de l'obligation*, n°160 et suiv.

[3] Art. 2320 c. civ. : « La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge pas la caution.
« Lorsque le terme initial est échu, la caution peut soit payer le créancier et se retourner contre le débiteur, soit, en vertu des dispositions du livre V du code des procédures civiles d'exécution, solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. Elle est alors présumée justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance, sauf preuve contraire apportée par le débiteur. »

sûreté judiciaire, c-à-d. un équivalent au recours subrogatoire. Il faut néanmoins ce certaines conditions soient remplies :

- pour obtenir une sûreté judiciaire, le créancier doit invoquer des « circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance » (art. 2320 al. 2 c. civ.). La caution bénéficie d'une présomption simple : son recours personnel en remboursement est, en l'état actuel des choses, conditionnel (futur et incertain), mais la caution invoque une créance « paraissant fondée en son principe »[1] : c'est le sens de la référence, employée à l'article 2320 al. 2 c. civ. aux « dispositions du livre V du code des procédures civiles d'exécution [mesures conservatoires] ». La crainte de la caution doit néanmoins être sérieuse : le débiteur peut renverser la présomption, en prouvant sa solvabilité ;
- l'obtention d'une sûreté judiciaire détenue directement sur le débiteur produira un *effet équivalent au recours subrogatoire*. Le créancier ne transmet aucune sûreté réelle ; la caution l'obtient directement, grâce au juge, lequel accordera, en fonction du montant de la dette, un nantissement (sur les revenus du débiteur) ou une hypothèque judiciaire conservatoire (sur son immeuble).

La mesure conservatoire destinée à la caution exposée à un délai conventionnel de paiement montre que la durée de l'engagement de la caution n'est pas un détail secondaire.

(265- à 273. : réservés)

274. En somme, les **recours en remboursement exercés par la caution contre le véritable débiteur** ont pour trait commun d'être exercés intégralement.

Le plus souvent, la caution exerce son recours *contre le débiteur principal*, puisque ce dernier doit être défaillant dans l'exécution de son obligation (valablement contractée envers le créancier). En droit du cautionnement, deux spécificités ont été identifiées : la caution bénéficie du recours subrogatoire (quand il est prévu) ; les intérêts courent de plein droit à compter du paiement de la caution, avec le recours personnel (art. 2308 c. civ.).

Plus rarement, des actions spécifiques sont prévues pour adapter le recours de la caution à un imprévu ou une situation complexe. Le recours au régime général des obligations suffit le plus souvent : la répétition de l'indu imposera au créancier de restituer si le débiteur n'est pas défaillant ; le régime de l'obligation solidaire prévoit un recours multiple ; le délai de paiement permet une sûreté judiciaire ; le véritable débiteur sera

[1] Art. L511-1 c. proc. civ. d'ex. : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.
« La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire. »

un autre, lorsqu'un incident est survenu (défaut d'information entre la caution et le débiteur ; l'action contre la sous-caution est un développement de la liberté contractuelle.

Avec ce recours intégral en remboursement, la caution cherche à éteindre sa créance. Reste à trouver les ressources pour payer : or, rien n'assure que le débiteur défaillant disposera de ressources futures (saisissables), et parfois il est même certain qu'il n'en disposera pas (en cas de liquidation judiciaire d'une société de capitaux ou en présence d'un plan de rétablissement personnel dont bénéficie le débiteur surendetté et cautionné par une personne morale[1]). En attendant d'être remboursée par le véritable débiteur, la caution qui a payé seule la dette cherchera à exercer un autre type de recours, contre les autres cautions (si elles existent, évidemment).

II/ Le recours contre les autres cautions (cofidéjusseurs) : *la charge provisoire de la dette de remboursement*

275. Le **recours contre les autres cautions** (appelées cofidéjusseurs[2]) est prévu lorsqu'une caution (solidaire[3]) a payé seule l'intégralité de la dette et qu'il existe une pluralité de cautions, tenues de garantir la (même) dette du débiteur. La caution solvens (qui a payé seule l'intégralité de la dette) cherche alors à répartir la charge de la dette, en faisant supporter par chaque caution une fraction de cette dette, en attendant que le débiteur rembourse (si cela est encore envisageable).

La présence de cautions multiples, même engagées chacune par un contrat distinct envers le créancier, permet de garantir l'entièreté de la dette tout en sachant que la charge provisoire de la dette sera répartie entre les différentes cautions.

– Pour garantir les 100.000€ prêtés par la banque, chaque caution fixe le montant de son *obligation de son règlement* : la caution A accepte de payer 20.000€ ; la caution B s'engage pour 40.000€ et la caution C (personne morale) s'engage sans limitation de montant.

[1] On sait que le débiteur surendetté est une personne physique, tenue d'une dette à vie quand il est cautionné par une personne physique. Art. L 742-22 c. conso. : « La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de celles dont le montant a été payé en lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques.
« Cette clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société. »

[2] Au XVI^e^ siècle, le terme « fidéjusseur » (*fidejussio* en droit romain) est remplacé par celui de « caution » : Yves Picod, *Droit des sûretés*, 2016, 3e. éd., p.7

[3] La caution solidaire a renoncé au bénéfice de division ; la caution simple peut y renoncer de manière spécifique (sans renoncer au bénéfice de discussion), mais son paiement est alors tardif (ce qui rend peu probable un paiement intégral de la dette de sa part).

– La répartition de la charge de la dette impayée entre les différentes cautions signifie que chaque caution assumera une *fraction de la dette du débiteur* (dans la limite de son obligation de règlement). Si le débiteur est défaillant à hauteur de 60.000€, et que la caution C est appelée pour ce montant, la répartition de la charge de la dette aura lieu en identifiant une fraction (sur son calcul : infra). Par exemple, la caution C assumera la moitié de la dette, la caution B le tiers, et la caution A le 1/6ème.

Le recours de la caution qui a payé consiste donc à calculer la fraction de la dette garantie par chacune des cautions (art. 2312 c. civ.[1]). Pour aboutir à ce résultat, il faudra néanmoins régler quelques préalables : une caution ne paiera sa part que si elle couvre effectivement la dette du débiteur et si le déclencheur du cautionnement est acquis à son égard[2]. La caution poursuivie pourra ainsi opposer des exceptions pour faire échec à l'action en remboursement exercé par la caution qui a payé seule l'intégralité de la dette.
En attendant un hypothétique remboursement par le débiteur, la répartition de la charge provisoire de la dette entre toutes les cautions imposera donc de tenir compte des exceptions que chaque caution poursuivie peut opposer (1) ; la fraction de la dette couverte par chaque caution pourra alors être fixée (2).

1/ Les exceptions opposables par la caution poursuivie

276. Les **exceptions opposables par la caution poursuivie** sont, dans l'ensemble, les mêmes que celles qui peuvent être invoquées envers le créancier. La caution A entendra faire respecter la force obligatoire de son engagement, en invoquant des exceptions principales (rattachées au contrat de cautionnement) ou des exceptions secondaires (liées au comportement du créancier à son égard).
Si la caution A s'est engagée sans renoncer au bénéfice de division (ou à celui de discussion), le créancier devra respecter ces conditions pour l'actionner en paiement. Si la caution C, qui a payé intégralement la dette, se retourne contre la caution A, elle ne pourra le faire qu'en respectant ces mêmes conditions. L'exception opposée est principale.
Si le créancier a manqué à l'exécution de ses devoirs secondaires envers l'une des cautions (caution A), il subit une déchéance qui a pour effet de réduire l'obligation

[1] Art. 2312 c. civ. : « En cas de pluralité de cautions, celle qui a payé a un recours personnel et un recours subrogatoire contre les autres, chacune pour sa part. »
[2] La caution solidaire solvens exerçant un recours contre une caution simple se verra opposer le bénéfice de discussion, si un bien saisissable du débiteur peut apurer la dette.

couverte[1] ou l'obligation de règlement[2] ou la plus faible des deux[3]. Il faudra tenir compte de cette décharge dont bénéficie l'une des cautions : la caution C qui a payé seule l'intégralité de la dette ne pourra pas réclamer à la caution A davantage que ce que le créancier aurait pu lui réclamer.

Les exceptions opposables par la caution poursuivie en paiement tiennent donc soit au contrat conclu avec le créancier (a), soit à l'exécution de ses devoirs secondaires (b).

a/ Les clauses du contrat de cautionnement : *l'exercice des bénéfices de discussion et de division*

277. Les **clauses du contrat de cautionnement** conclu entre le créancier et chacune des cautions pourront faire apparaître des divergences portant sur les modalités de poursuite du créancier (sans parler évidemment des montants respectifs des obligations de règlement et des différentes dettes couvertes). Il en ira ainsi, lorsque plusieurs cautions se sont engagées, les unes dans un cautionnement simple, les autres dans un cautionnement solidaire.

Avec le bénéfice de discussion, le *déclencheur du cautionnement* simple est plus tardif que celui du cautionnement solidaire. Il est donc probable que la caution solidaire (C, dans l'exemple) aura payé le créancier en premier : elle cherchera alors à se faire rembourser par la caution simple (A), dès que l'insolvabilité du débiteur sera acquise. On sait que la caution solidaire prend à sa charge la procédure d'exécution forcée contre le débiteur, à l'inverse de la caution simple : la force obligatoire respective de chacun des contrats de cautionnement sera donc respectée quand la caution solidaire (C) assumera la charge de la dette pendant la durée de la procédure d'exécution forcée.

Avec le bénéfice de division (qui s'applique spécifiquement à l'hypothèse de cautions multiples), le *fractionnement de l'action en paiement* donne lieu à des dispositions spéciales (art. 2306-1 et -2 c. civ.) venant préciser le régime applicable à l'obligation conjointe : le fractionnement doit être demandé en temps utile ; et il faudra tenir compte de l'insolvabilité d'une des cautions.

278. L'**exercice du bénéfice de division** impose à celui qui se prévaut de la division d'agir en temps utile et de manière cohérente. Les modalités procédurales des poursuites exercées par

[1] En cas d'omission dans l'information annuelle sur la faculté de résiliation ou sur l'évolution de la dette. Supra n°232 et suiv.

[2] En cas de cautionnement manifestement excessif souscrit par une caution personne physique envers un créancier professionnel. Supra n°119, art. 2300 c. civ.

[3] En cas de privation du recours subrogatoire : art. 2314.

le créancier à l'encontre du codébiteur conjoint donnent lieu à deux dispositions symétriques : le bénéfice de division doit être invoqué immédiatement par la caution ; le créancier qui renonce à la solidarité en divisant ses poursuites ne peut plus revenir sur sa décision. Celui qui profite d'un bénéfice et qui ne l'invoque pas en temps utile est donc présumé y renoncer irrévocablement.

La caution doit *invoquer immédiatement le bénéfice de division*. Selon l'article 2306-1 al. 1er c. civ., « Le bénéfice de division doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle. » La caution qui tarde à informer le créancier (qui donc poursuit la caution pour le montant de son obligation de règlement, sans fractionner son action) sera déchue du bénéfice de division : elle est présumée y renoncer. Le cautionnement devient solidaire : le créancier pourra donc lui réclamer le paiement (toujours dans la limite de son obligation de règlement, évidemment). Si le débiteur est défaillant à hauteur de 70€ ; si la caution A garantit 50€, concurremment avec B (pour le même montant) et si la caution A n'invoque utilement pas le bénéfice de division, elle devra payer les 50€ que le créancier lui réclame.

Lorsque le créancier bénéficiait d'un cautionnement solidaire (techniquement : d'une renonciation au bénéfice de division) et qu'il prend l'initiative d'un fractionnement de ses actions en paiement contre chacune des cautions, il renonce unilatéralement à s'en prévaloir. Il ne peut plus regretter. Selon l'article 2306-2 c. civ.[1] : « Si le créancier a divisé de lui-même son action, il ne peut plus revenir sur cette division (...). » La renonciation du créancier au bénéfice de solidarité est une décision volontaire qui produit une conséquence :

- Premièrement, le créancier doit diviser « de lui-même » son action. La décision unilatérale du créancier est une renonciation (au même titre que l'emprunteur peut renoncer au bénéfice du terme, en effectuant un remboursement anticipé sur lequel il ne peut plus revenir par la suite[2]). Le créancier ne renonce pas quand il actionne une des cautions en comparant son obligation de règlement au montant de la dette du débiteur principal ; ni quand il cherche à obtenir un paiement rapide, en agissant contre toutes les cautions. La renonciation au bénéfice de division doit être univoque : le fractionnement effectué par le créancier indique clairement qu'il agit contre chacune des cautions, en affectant une fraction à l'obligation de règlement de chacune d'elle. Après avoir renoncé, il est trop tard pour regretter.
- Deuxièmement, quand le créancier décide d'appliquer le régime de la dette conjointe (art. 1309 c. civ.) aux différentes cautions, il doit être cohérent. « Il ne peut plus revenir sur cette division, même s'il y avait, au temps de l'action, des cautions insolvables. » La dette conjointe signifie que les différents débiteurs ne forment pas un groupe : le créancier subit le risque d'insolvabilité de chacun de ses débiteurs. Si l'une des cautions devenue conjointe est insolvable, le créancier subit la perte.

En droit du cautionnement, l'exercice du bénéfice de division (profit pour la caution) et de la solidarité (profit pour le créancier) donnent lieu à des dispositions symétriques. Celui qui

[1] Art. 2306-2 c. civ. : « Si le créancier a divisé de lui-même son action, il ne peut plus revenir sur cette division, même s'il y avait, au temps de l'action, des cautions insolvables. »

[2] Art. 1305-2 c. civ. : « Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n°242.

renonce à invoquer le profit d'une obligation doit agir de manière cohérente : la caution (simple) sera tenue comme une caution solidaire ; le créancier qui renonce à voir le groupe que forme les cautions devient un créancier conjoint. Celui qui tarde à invoquer le bénéfice d'une prérogative y renonce.

279. La **charge de l'insolvabilité d'une des cautions** donne lieu à l'application d'un régime intermédiaire, prévu en régime général des obligations[1]. Lorsque plusieurs codébiteurs sont tenus de manière conjointe, la charge de l'insolvabilité de l'un d'eux est répartie entre les autres : la dette devient commune (art. 1317 c. civ.[2]). Il en va de même avec le cautionnement. Selon l'article 2306-1 al. 2 c. civ. : « Il [le bénéfice de division] ne peut être mis en œuvre qu'entre cautions solvables. »

Le *principe de l'obligation commune* est appliqué quand un codébiteur conjoint garantit une fraction de la dette. Lorsque deux cautions simples sont engagées, le créancier peut réclamer paiement à chacune d'elle, dans la limite de leur obligation de règlement.

- Si la caution A garantit 20.000€ et la caution B s'engage pour 40.000€, à raison d'un même emprunt (d'un montant de 100.000€), la défaillance du débiteur pour un montant de 70.000€ impose à chacune des cautions de payer l'entièreté du montant de leurs obligations de règlement respectives. Il n'y a rien à répartir.
- Si le débiteur n'est défaillant (à hauteur de 30.000€) que pour une fraction du cumul des obligations conjointes de règlement de deux cautions (20.000+40.000), le créancier devra diviser ses poursuites : il réclamera une fraction de la dette à la caution A et l'autre fraction à caution B (sur le chiffrage de la fraction réclamée : infra).
- Si le débiteur est défaillant (30.000€), et que trois cautions se sont engagées (A pour 20.000€ ; B pour 40.000€ et C pour 60.000€), l'insolvabilité d'une des cautions (C) sera répartie entre les deux autres[3] : il faudra d'abord calculer la part de chaque caution solvable, puis répartir la part de la caution insolvable entre les cautions solvables[4].
  - La part de la caution A est de 20/120 de 30€ (soit 20% de 30 = 6€); celle de B de 40/120 de 30€ (soit 30% de 30 = 9€) et celle de C (insolvable) de 60/120 de 30€ (soit 50% de 30 = 15€).
  - La part de la caution insolvable (15€) doit être supportée par les cautions solvables, à proportion de leurs engagements respectifs. La part de A (20%) et celle de B (30%) seront comparées entre elles pour fixer une proportion appliquée à la part de C. A devra donc 20/50 de 15€ (=6€) et B devra 30/50e de 15€ (=9€).

[1] *Régime général de l'obligation*, n°106

[2] Art. 1317 c. civ. : « Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part.
« Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part.
« Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité. »

[3] Com., 18 novembre 2014, n°13-23.976, Bull. : « La caution solidaire peut se prévaloir, dès lors qu'il est définitif, du rejet de la créance garantie prononcé dans la procédure collective de son cofidéjusseur, à moins qu'il ne soit dû à une cause personnelle à celui-ci. »

[4] *Régime général des obligations*, n°163.

La part de charge de l'insolvabilité d'une caution est donc supportée par le groupe des cautions. C'est une obligation commune (ni conjointe, ni solidaire).

En droit du cautionnement, le "groupe" des cautions conjointes assume la charge de l'insolvabilité d'une des cautions (membre du groupe) *tant que le groupe existe*. Selon l'article 2306-1 al. 2 c. civ.[1]) : « (…) L'insolvabilité d'une caution au jour où la division est invoquée est supportée par celles qui sont solvables. La caution qui a demandé la division ne peut plus être recherchée à raison de l'insolvabilité d'une autre, survenue postérieurement. » Dès que l'une des cautions quitte le groupe, en demandant la division, la charge de l'insolvabilité d'une des cautions pèsera désormais sur les membres restants du groupe :

- si la caution simple A invoque le bénéfice de division immédiatement, dès qu'elle est poursuivie par le créancier, alors que la caution C est déjà insolvable, la caution A assumera (dans la limite de son obligation de règlement) la charge de l'insolvabilité de la caution C ;
- si la caution A invoque immédiatement la division, alors que les cautions B et C sont solvables à ce jour, la caution A pourra obtenir la fixation définitive de sa part (1/6ème) dans la dette (60.000€), soit 10.000€. Si la caution C devient ultérieurement insolvable, le risque lié à une poursuite trop tardive est assumé par les membres restants du groupe : c-à-d. B (qui n'a pas invoqué suffisamment tôt le bénéfice de division). La caution B devra dont payer les 5/6ème restants (soit 50.000€), dans la limite de son obligation de règlement (40.000€). Le créancier supporte alors la perte.

280. L'**exercice de la division des poursuites** en présence de cautions tenues de manière conjointe donne lieu à des solutions qui sont déjà établies en droit commun.

Le cadre de référence est celui du régime général des obligations. Le régime de la dette commune permet de répartir (dans la limite du montant de la dette de chacun) la charge liée à l'insolvabilité d'un membre du groupe (non solidaire). Le risque est transféré dès que la division est demandée utilement.

La renonciation à un bénéfice suit également le régime de droit commun : le créancier d'une condition (bénéfice de division, bénéfice de solidarité) ne peut plus revenir sur sa décision, une fois qu'il l'a prise.

Les précisions des articles 2306-1 et -2 c. civ. sont, de ce point de vue, des illustrations des solutions déjà acquises en régime général des obligations (art. 1309 et 1310 c. civ.). Le droit du cautionnement sera plus spécifiquement en cause lorsque la caution invoque des exceptions tirées des devoirs secondaires du créancier.

[1] Art. 2306-1 al. 2 c. civ. : « Il [le bénéfice de division] ne peut être mis en œuvre qu'entre cautions solvables. L'insolvabilité d'une caution au jour où la division est invoquée est supportée par celles qui sont solvables. La caution qui a demandé la division ne peut plus être recherchée à raison de l'insolvabilité d'une autre, survenue postérieurement. »

b/ Les exceptions tirées de la violation des devoirs secondaires du créancier : *la réduction de l'obligation de couverture ou de règlement*

281. Les **exceptions tirées de la violation des devoirs secondaires du créancier** seront opposées par la caution qui en est victime à la caution qui a payé seule la dette. La caution victime ne paiera sa part que compte tenu de la décharge totale ou partielle de son obligation de couverture ou de celle de règlement, conséquence du manquement commis par le créancier à son égard.

Le créancier subit une *déchéance, totale ou partielle, de l'obligation de règlement* de la caution quand le créancier professionnel a obtenu un cautionnement manifestement excessif de la part d'une caution personne physique et quand il prive la caution de son recours subrogatoire (l'obligation de règlement de la caution étant alors plus faible que l'obligation de couverture).

– Si la caution A, tenue à une obligation de règlement de 20.000€, couvre une dette impayée d'un montant de 70.000€, avec la garantie d'un nantissement portant sur un meuble incorporel d'une valeur de 15.000€, la caution A ne paiera entièrement sa dette (20.000€) que si le recours subrogatoire lui est transmis. Au final, la caution supportera une perte de 5.000€.

– Si le créancier a perdu fautivement le nantissement, la caution A sera déchargée à hauteur du préjudice subi (15.000€) de son obligation de règlement. L'obligation de règlement de la caution A est réduite à 5.000€.

– La déchéance prévue à l'article 2314 c. civ.[1] est opposée au créancier et opposable à la caution solvens. La solution a été admise en jurisprudence, Com., 11 décembre 2007[2] : mais la formulation de l'arrêt était maladroite, faisant croire que la caution solvens disposerait d'un recours subrogatoire. En réalité, la caution déchargée oppose une exception au créancier, venant réduire son obligation de règlement ; cette exception est opposable à la caution solvens.

Le créancier subira également une *déchéance totale ou partielle de son obligation de couverture* quand il omet d'informer la caution ou quand il prive la caution de son recours subrogatoire (quand l'obligation de couverture est plus faible que l'obligation de

[1] Art. 2314 c. civ. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.
« Toute clause contraire est réputée non écrite.
« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

[2] Com., 11 déc. 2007, n°06-13.592, Bull. n°261 : (abstrat) « Dès lors qu'un cofidéjusseur agit à l'encontre de la caution par subrogation dans les droits du créancier, cette caution est en droit, en vertu des règles qui gouvernent la subrogation, de lui opposer les exceptions qu'elle aurait pu opposer au créancier. »

règlement). Si la caution B (personne physique) n'a pas été correctement informée annuellement par le créancier professionnel (art. 2302 c. civ.[1]) de l'exécution procurée par le débiteur, la caution voit se réduire progressivement son obligation de couverture (supra). Tenue dans la double limite de son obligation de règlement et de son obligation de couverture, la caution obtient une décharge opposée au créancier et opposable à la caution solvens (contra : Civ. 1ère, 17 décembre 2025[2]). Par exemple :

- Si la caution B garantit un emprunt de 100.000€ et s'était engagée à une obligation de règlement de 50.000€ et qu'elle ne couvre désormais plus qu'une dette de 75.000€ en principal (en raison de l'affectation des paiements réalisés par le débiteur au seul principal), la caution victime ne peut se voir réclamer au maximum que 50.000€. La sanction passe inaperçue (puisque l'obligation couverte est d'un montant supérieur à l'obligation de règlement).
- Si la caution B est engagée à une obligation de règlement de 50.000€ et que l'obligation de couverture est réduite (envers elle) à 10.000€, le créancier ne peut lui réclamer que 10.000€ ; si la caution A (correctement informée) couvre une dette de 20.000€ qu'elle paye seule, elle devra considérer que la caution B n'en garantit qu'une fraction (la moitié, en l'espèce).

Lorsque l'une des cautions peut invoquer une décharge, totale ou partielle, l'exception sera donc opposée aussi bien à l'action en paiement du créancier qu'à l'action en remboursement exercée par la caution solvens. Cette dernière subit donc la charge des manquements commis par le créancier envers la caution déchargée.

(282. et 283. : réservés)

284. Les **exceptions opposables** par une des cautions à l'action en remboursement exercée par la caution solvens ont pour objet de garantir le respect de la force obligatoire des dispositions particulières prévues au contrat conclu entre le créancier et telle ou telle caution. Or, ces dispositions particulières exercent une influence sur le montant de la somme que la caution solvens pourra réclamer.

[1] Supra n°231

[2] Civ. 1ère, 17 décembre 2025, n°23-13.437 (n°826 F-B) ; D. 2026 p.4 : « 8. Ainsi, si la déchéance du droit aux intérêts conventionnels, dont l'article L. 341-6 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, sanctionne le défaut d'information annuelle de la caution n'est opposable qu'au créancier principal défaillant, en revanche, la nullité du contrat conclu par le cofidéjusseur est opposable à tous, y compris à la caution qui exerce son recours personnel. » L'arrêt permet au cofidéjusseur d'opposer l'exception de nullité à la caution solvens, mais pas l'exception tirée du défaut d'information annuelle.

Une caution simple ne sera actionnée que si le débiteur est insolvable. Si le débiteur est défaillant pour 70.000€, et que la caution solvens (C, solidaire) a pu être remboursée partiellement grâce à la vente forcée d'un bien (valeur : 30.000€), le débiteur n'est plus redevable que de 40.000€ : c'est désormais cette somme qui servira de référence au recours exercé envers l'ensemble des cautions.

Une caution partiellement ou totalement déchargée, en raison des manquements commis par le créancier envers elle, opposera valablement à ses cofidéjusseurs la réduction du montant de son obligation.

Seul le *montant net de l'obligation de la caution* doit donc être pris en compte, que l'on soit en présence d'un cautionnement simple ou d'un manquement commis par le créancier.

2/ L'exercice du recours de la caution solvens

285. L'**exercice du recours de la caution solvens** contre une ou plusieurs autres cautions est prévu par un unique article. Selon l'article 2312 c. civ. : « En cas de pluralité de cautions, celle qui a payé a un recours personnel et un recours subrogatoire contre les autres, chacune pour sa part. » Cet article a pour objet de déterminer la part contributive de chacune des cautions (« chacune pour sa part ») et il semble affirmer que la caution solvens disposerait de deux recours, ce qui est inexact.

En réalité, le recours exercé par la caution solvens est uniquement personnel. La rédaction de l'article 2312 c. civ. est partiellement erronée :

- Le recours subrogatoire ne peut être exercé que par la caution contre le débiteur : la caution solvens dispose alors du titre avec la sûreté réelle détenue sur le débiteur. Ce titre n'est d'aucune utilité en présence d'un recours exercé contre une autre caution. La référence malencontreuse au recours subrogatoire résulte de l'erreur de rédaction commise lors de l'arrêt Com., 11 décembre 2007[1] (supra). Cet arrêt affirmait en réalité que la caution, déchargée en raison du manquement commis par le créancier (en l'occurrence, privation du recours subrogatoire), pouvait opposer une réduction de son obligation de couverture, aussi bien au créancier qu'à la caution solvens (solution exactement affirmée par Civ. 1ère, 26 septembre 2018[2]).

[1] Com., 11 déc. 2007, n°06-13.592, Bull. n°261 : (abstrat) « Dès lors qu'un cofidéjusseur agit à l'encontre de la caution par subrogation dans les droits du créancier, cette caution est en droit, en vertu des règles qui gouvernent la subrogation, de lui opposer les exceptions qu'elle aurait pu opposer au créancier. »

[2] Civ. 1ère, 26 septembre 2018, n°17-17.903, Bull. ; D. 2018, somm., p. 1908 ; Gaz. Pal. 2018, n°39, p.27, note Christophe Albiges ; JCP E 2018.II.1584, note Dominique Legeais ; Ann. loyers, novembre 2018, p.75, note Bastien

– Le recours entre cautions est uniquement personnel. La caution solvens est un créancier chirographaire envers les autres cautions (sauf figures contractuelles complexes, comme le sous-cautionnement).

L'objet du recours (personnel) exercé par la caution solvens consiste donc à calculer la part contributive de chaque caution (infra), ce qui suppose de régler une question préalable : il faut identifier la *somme que le créancier aurait pu réclamer à chacune d'elles*. Cette somme tient compte de la double limite des obligations de couverture et de règlement, ainsi que des déchéances infligées au créancier. En présence d'un emprunt (d'un montant de 200.000€), à raison duquel le débiteur est défaillant à hauteur de 150.000€, et garanti par trois cautions, chacune d'elles doit :

– si la caution A est engagée à une obligation de règlement est de 25.000€, la double limite signifie que le créancier ne peut lui réclamer que 25.000€ ;

– si la caution B, engagée à une obligation de règlement de 100.000€, bénéficie d'une déchéance infligée au créancier pour défaut d'information annuelle de sorte que son obligation de couverture se limite à la somme de 75.000€, la double limite signifie que le créancier ne peut lui réclamer que 75.000€ ;

– si la caution C (solidaire) couvre ce même emprunt et a payé 150.000€ au créancier, et qu'elle a pu saisir un bien (éventuellement grâce au recours subrogatoire) et obtenir un remboursement de 50.000€ (de la part du débiteur), la somme nette servant de référence au recours contre les autres cautions se monte désormais à 100.000€.

La caution C est désormais réputée avoir payé 100.000€, la caution A aurait pu se voir réclamer 25.000€ et la caution B 75.000€. Quel montant la caution C peut-elle réclamer à A et B ?

286. Le **calcul de la part contributive de chacune des cautions** s'établit selon une règle proportionnelle. Il faudra identifier une proportion et l'appliquer à la somme que le créancier aurait pu réclamer à chacune des cautions :

Brignon : « La sanction prévue à l'article L. 341-4, devenu L. 332-1, du code de la consommation prive le contrat de cautionnement d'effet à l'égard tant du créancier que des cofidéjusseurs lorsque, ayant acquitté la dette, ils exercent leur action récursoire. » Le raisonnement est juste, mais la solution a changé : le cautionnement manifestement excessif donne désormais lieu à une réduction de l'obligation de règlement, et non plus à une caducité conditionnelle (laquelle produisait un effet équivalent à l'insolvabilité d'une caution).

La proportion sera fixée en comparant la somme que doit une caution par rapport à ce que doivent ensemble toutes les cautions.

- Au *numérateur* figure le *montant (net) dû par chaque caution* : A doit 25.000€ ; B doit 75.000€ et C doit 100.000€. Chacune des cautions aurait pu se voir individuellement réclamer ce montant par le créancier.
- Au *dénominateur* figure la somme (c-à-d. l'addition) de chacun des montants que le créancier aurait pu réclamer à chacune des cautions. Le résultat de l'addition se monte à 200.000€.

  La proportion est donc fixée : A doit 25/200e ; B doit 75/200e et C doit 100/200e.
- Chacune de ces fractions sera appliquée à la dette du débiteur, pour le montant de sa défaillance.
  - la caution A doit 25/200 de 100.000€ (soit 12.500€) ;
  - la caution B doit 75/200 de 100.000€ (soit 37.500€) ;
  - la caution C doit 100/200e de 100.000€ (soit 50.000€).

  Le total correspond au montant de la défaillance du débiteur : 12,5 + 37,5 + 50 = 100.

Schéma 3.6

Calcul du montant du recours de la caution solvens contre les cofidéjusseurs

Montant dû
par chaque caution

(A = 25)
(B= 75)
(C= 100)

Somme des montants dus par chacune des cautions
Caution A : 25
Caution B : 100 -25 = 75
Caution C : indéfini (=100)

X

Montant de la dette nette

= 100
(payé par C)

=

Montant du recours exercé
par la caution solvens

37,5 contre B
12,5 contre A
(50 restant à charge de C)

(287- à 296. : réservés)

297. Les **actions en remboursement** que peut exercer la caution qui a payé le créancier sont diverses, mais elles tendent simplement à identifier le patrimoine qui est enrichi par le paiement, à titre définitif (celui du débiteur, le plus souvent) ou à titre provisoire (les autres cautions).

Les solutions appliquées en droit du cautionnement ne dérogent pas à la logique fixée en régime général des obligations, laquelle sera donc également appliquée avec les autres sûretés personnelles, à une différence près : le recours subrogatoire (exercé par la caution contre le débiteur, et lui seul) n'existe qu'en droit du cautionnement.

Conclusion de la section 2ème

L'exécution du cautionnement

298. L'**exécution du cautionnement** donne lieu, comme sa formation, à des règles logiques ou illustrant simplement le droit du contrat, mais également à des règles catégorielles, pesant spécifiquement sur le créancier (notamment professionnel) qui traite avec une personne physique.

Conformément à l'équation convenue entre les parties, la caution doit payer quand le débiteur est défaillant : il l'est quand il ne paye pas à échéance, même quand il bénéficie de protections personnelles (délai de grâce ; surendettement ; procédure collective).

- En présence d'une modification de l'obligation principale (délai de paiement), la caution préserve ses intérêts légitimes tout en payant ce qu'elle doit.
- Le créancier doit conserver et transmettre la sûreté réelle détenue sur le débiteur (recours subrogatoire) et informer la caution de la défaillance du débiteur (et de ses conséquences, à savoir les frais).
- Les différents recours en remboursement exercés par la caution contre le débiteur ou contre les autres cautions obéissent à des règles logiques, puisqu'il s'agit simplement d'identifier le patrimoine enrichi par le paiement.

Le *créancier professionnel* est exposé à certains risques spécifiques quand une caution personne physique s'est engagée envers lui.

- Le créancier professionnel ne peut pas réclamer paiement à échéance lorsque le débiteur professionnel est en sauvegarde ;
- Il est tenu à des obligations annuelles d'information (sur l'évolution de la dette et sur la faculté de résilier) ; s'il ne les exécute pas toutes, il subira une déchéance progressive de l'obligation de couverture : la sanction ne deviendra visible qu'une fois la défaillance du débiteur acquise.

Lors de l'exécution du contrat principal par le débiteur, le créancier professionnel reste donc exposé à certains risques spécifiques qui réduisent ponctuellement l'efficacité du cautionnement conclu avec une personne physique. La réforme de 2021 a légèrement accru ces risques.

Conclusion du chapitre 1er

Le cautionnement

299. Le **cautionnement** est une opération qui consiste, pour une caution, à donner au créancier sa parole qu'elle le paiera dans l'hypothèse où le débiteur serait défaillant, dans l'exécution d'une dette désignée et pour un montant lui aussi précisé. Le contrat obéit à une logique de fond relativement simple, mais il comporte des écueils juridiques qui fragilisent ce titre.

La *logique de fond du cautionnement* est respectée quand la caution ne paie que dans la double limite du montant de ses obligations (montant de l'inexécution du débiteur, montant promis).

- Si la dette est nulle, la caution ne paye pas. Si le créancier ne lui transmet pas la sûreté réelle convenue, l'obligation de la caution (en application de la règle de la double limite) est réduite à hauteur du dommage subi. La caution sera informée par le créancier si le débiteur est défaillant. La caution qui paye exercera un recours en remboursement, normalement contre débiteur (puisqu'il a profité de la dette). Toutes ces solutions s'inscrivent dans la logique du cautionnement.
- La législation supplétive de volonté oriente ponctuellement certaines décisions : la caution couvre les frais et les restitutions ; le créancier assume la charge de l'exécution forcée sur les biens et revenus du débiteur ; la caution (vrai tiers) doit être informée si le débiteur est insolvable.
- La liberté contractuelle permet de préciser les modalités de la garantie (cautionnement solidaire ; durée déterminée des dettes futures couvertes ; effet de la déchéance du terme encourue par le débiteur).

Les écueils juridiques qui fragilisent le cautionnement résultent pour l'essentiel de la législation catégorielle : il s'agit de protéger la caution personne physique qui s'engage envers un créancier professionnel. La parole donnée par une personne physique à un professionnel contient donc des réserves, en réalité assez nombreuses :

- la caution ne paiera pas si elle s'engage sans chiffrer son engagement ; elle ne paiera pas non plus quand la mention manuscrite ne décrit pas le

cautionnement (même si la caution comprend exactement la portée de son acte) ;

– la caution ne paiera que partiellement quand elle a chiffré excessivement son engagement (sans le proportionner au montant de ses facultés) ; quand elle n'est pas informée annuellement (même si elle sait comment exécute le débiteur qu'elle dirige) ; quand elle n'a pas été mise en garde (même si la caution est avertie) ;

La réforme de 2021 n'a donc pas grandement modifié l'orientation générale de la législation.

– En régime général des obligations, l'engagement personnel pris par les personnes physiques (caution comprise) donne lieu à des protections multiples (surendettement, …) qui permettent après sept ans un effacement de la dette que le débiteur (caution, en l'occurrence) ne peut pas payer. Le créancier chirographaire est donc exposé à un risque d'impayé qui s'est accru en droit contemporain ;

– En droit du cautionnement, la caution personne physique bénéficie, en outre, de protections propres. Ces risques juridiques auxquels le créancier professionnel est exposé rendent son titre totalement (vice de forme de la mention ; etc[1]) ou partiellement (déchéances ; délais du débiteur en sauvegarde) inefficace.

– En régime général des obligations, le créancier professionnel de l'entrepreneur individuel est exposé à des risques juridiques similaires. Depuis la loi du 14 juin 2022, la renonciation "simple" au droit de gage réduit du créancier professionnel (produisant un effet similaire au cautionnement) comporte des risques juridiques tels que seuls les créanciers contractuels bénéficiant d'un service de veille juridique pourront obtenir une renonciation valide[2].

La volonté de protéger la caution physique contre le créancier professionnel conduit objectivement à dévaluer le cautionnement. Mécaniquement, le créancier réclamera donc au législateur l'obtention d'un titre autre, réévalué par rapport au cautionnement : ce seront les garanties personnelles.

[1] Comment deviner que, selon l'art. 22-1 al. 1er de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989, « le cautionnement ne peut pas être demandé (loi n°2014-366 du 24 mars 2014) « à peine de nullité » par un bailleur qui a souscrit une assurance (loi n°2014-366 du 24 mars 2014) « ou toute autre forme de garantie » garantissant les obligations locatives du locataire. (…) Cette disposition ne s'applique pas au dépôt de garantie mentionné à l'article 22. » ?

[2] *Régime général de l'obligation*, n°865 et suiv., spéc. n°868

chapitre 2ème

Les garanties personnelles : *un déclencheur précoce*

300. Les **garanties personnelles** sont des engagements pris par un garant ayant pour objet de procurer au créancier un paiement de substitution, avant que la défaillance du débiteur (au sens strict du terme) ne soit actée. La principale caractéristique de la garantie personnelle réside dans son déclencheur, qui sera systématiquement antérieur à celui du cautionnement, et qui rendra, par ce biais, la garantie plus efficace. Cela étant dit, cette définition de la garantie personnelle, peu distincte de celle des sûretés personnelles[1], est essentiellement négative : elle se distingue du cautionnement en s'y opposant.

Les contrats établissant une garantie personnelle *se distinguent* du contrat de cautionnement, par les modalités différentes d'intervention du garant personnel en fonction du risque dont la survenance déclenchera l'appel en garantie, du montant qu'il s'engage à verser et de la dette qu'il couvre. L'article 2287-1 c. civ. reconnaît implicitement aux parties une liberté contractuelle qui permet de créer des sûretés personnelles adaptées à leurs besoins (et notamment à ceux du créancier).

– Selon l'article 2287-1 c. civ., « Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. » Le cautionnement n'est donc pas la seule sûreté personnelle admise. On notera que la liste de l'article 2287-1 c. civ. n'est pas exhaustive : il existe, ailleurs que dans le titre 1er du livre IV, d'autres garanties personnelles (notamment en régime général des obligations : infra), solution qui n'est pas problématique en soi. En effet, contrairement aux sûretés réelles qui doivent être légalement consacrées (infra, n°501), les sûretés personnelles peuvent recourir à des figures contractuelles variées, dont le régime sera ou non légalement fixé.

– Les contrats établissant une garantie personnelle contiendront des clauses conformes aux attentes spécifiques des parties, et notamment du créancier, solution logique en présence d'un contrat unilatéral. Au vu de la réglementation qui gouverne le cautionnement (supra), on image sans peine que la liberté contractuelle des parties conduira le créancier à rechercher des contrats plus efficaces et surtout moins contraignants que le cautionnement (notamment quand le créancier est un professionnel qui contracte avec un garant personne physique). C'est le sens profond de l'article 2287-1 c. civ., texte qui date de

[1] Supra n°50 : « Les sûretés personnelles imposent à un garant de procurer un paiement de substitution à un créancier, dans l'hypothèque où le débiteur serait ou risquerait d'être défaillant dans l'exécution de son obligation ; le garant, après paiement, disposera d'un recours intégral en remboursement contre celui qui est enrichi par son paiement (à savoir, le plus souvent, le débiteur) ».

l'ordonnance (d'orientation libérale) du 23 mars 2006 : la liberté contractuelle permet d'échapper au cautionnement.

Les garanties personnelles *s'opposent* au cautionnement, car le créancier entend échapper à l'ordre public qui s'applique en droit du cautionnement. C'est la raison pour laquelle il recherche un déclencheur précoce, conduisant à mener systématiquement un raisonnement a contrario par rapport au cautionnement.

– La variété des déclencheurs choisis par les parties pourra les conduire à exiger un défaut de paiement (situation proche d'une défaillance) ou à se contenter d'un simple risque d'impayé (situation très différente d'une défaillance). Dans un cas comme dans l'autre, le déclencheur de la garantie personnelle conduira le créancier à affirmer qu'il est dans un cas différent du cautionnement ;

– Le raisonnement a contrario permet de procéder à l'éviction de l'ordre public spécifiquement et exclusivement applicable au cautionnement. Le dirigeant de sarl qui s'engage ne pourra donc pas invoquer la disproportion de son engagement par rapport à sa fortune personnelle ou son manque d'information annuelle (quand, en tant que dirigeant, il est parfaitement au courant du montant de l'encours et des remboursements effectués ou non par la sarl). Si un raisonnement par analogie était mené, la garantie personnelle perdrait en grande partie sa raison d'être.

La fuite devant le cautionnement est ce qui explique l'émergence, à compter de la fin des années 1980, des garanties personnelles dans la jurisprudence, puis leur consécration (en 2006) par le législateur. Typiquement, il s'agit d'un phénomène d'inflation :

– Entre 1804 et les années 1990, les créanciers recouraient à peu près exclusivement au cautionnement, qui remplissait "bravement" sa fonction : le paiement du garant (caution) n'était exigé qu'en cas de défaillance du débiteur. Les créanciers auraient pu exiger d'autres types de garanties personnelles, qui existaient depuis longtemps, notamment dans le code civil (porte-fort d'exécution, solidarité, délégation). Mais le besoin ne s'en est pas fait sentir pendant quasiment deux siècles.

– A compter des années 1990, la jurisprudence et le législateur ont commencé à protéger spécifiquement la caution, personne physique, en

imposant, notamment au créancier professionnel, des devoirs de plus en plus diversifiés et lourdement sanctionnés. L'ordonnance du 15 septembre 2021 n'a pas changé la donne en droit du cautionnement.

– À partir des années 1990, des nouvelles figures contractuelles (les fameuses « garanties personnelles ») ont émergé de la pratique bancaire (puisque, la plupart du temps, les banquiers sont les créanciers professionnels). La jurisprudence a validé ces contrats, consacrés officiellement avec l'ordonnance du 23 mars 2006, aux articles 2287-1, 2321 (garantie autonome) et 2322 c. civ. (lettre d'intention).

On comprend donc pourquoi les garanties personnelles obéissent à une définition essentiellement négative : elles s'opposent au cautionnement, parce qu'elles doivent être systématiquement plus efficaces que lui. C'est leur point de synthèse, alors même qu'elles sont très variées.

300-1. L'existence des garanties personnelles est donc le produit d'un **phénomène d'inflation** (des sûretés personnelles), qui est né d'une tension entre deux exigences opposées. Celle de certains créanciers (professionnels du crédit : les premiers concernés) est simple à comprendre : il s'agit d'obtenir des collatéraux conservant leur efficacité, en échappant donc à la seconde exigence, émanant du pouvoir politique (en raison d'une décision politique, qui a été prise par la jurisprudence et le législateur) cherchant à affaiblir les prérogatives du créancier traitant avec une personne physique (débiteur ou garant). Il en résulte une certaine ambiguïté qui sera la marque du droit positif.

La fuite des créanciers professionnels devant l'ordre public régissant le cautionnement aurait pu conduire les juges à considérer que les sûretés personnelles autres que le cautionnement étaient soit une fraude à la loi, soit soumises à un régime analogue au cautionnement, en menant un raisonnement a pari (par analogie). Le cautionnement aurait alors été la seule sûreté personnelle (peu efficace) à disposition des créanciers.

La décision de consacrer les garanties personnelles (plus efficaces que le cautionnement) a néanmoins été prise par les juges, à l'époque même à laquelle ils établissaient des obstacles (ou des pièges) à l'action des créanciers réclamant paiement à une caution (personne physique). Cette situation paradoxale conduira à la coexistence du cautionnement et des garanties personnelles. Le créancier qui veut obtenir un collatéral efficace devra donc disposer des compétences techniques nécessaires à l'élaboration d'une garantie dont le régime (fixé souvent en un seul article, à comparer aux 32 consacrés au seul cautionnement) sera gouverné par la liberté contractuelle.

301. La **variété des garanties personnelles** s'explique à la fois par la liberté contractuelle des parties et par les différents objectifs (spécifiques) que le créancier recherche, quand un garant personnel (personne physique ou morale) s'engage.

Dans les années 1980, les pratiques issues du milieu bancaire ont conduit à l'émergence de contrats sui generis (dépourvus de dénomination officielle, parce qu'ignorés du droit des contrats spéciaux), conclus entre des banques d'un côté, et des professionnels avertis de l'autre. Ainsi sont nées la garantie autonome et la lettre d'intention, à savoir les deux seules garanties consacrées dans le livre IV (titre 1er) consacré aux sûretés :

– La garantie autonome (infra) est née d'une exigence spécifique propre au commerce international : le client étranger, faisant construire des usines ou des logements fournis clés en main, entendait obtenir un paiement du garant sans discussion aucune, quand il prétendait que l'entrepreneur (entreprise de BTP de taille mondiale) avait manqué à ses obligations. Sachant que la sûreté est un accessoire essentiel au contrat (supra, introduction), les banques françaises[1] (en tant que garants) ont imaginé des « garanties autonomes ».

– La lettre d'intention (infra) est née de la promesse faite par une société-mère à une banque (créancière) de garantir le remboursement des crédits par sa filiale (débiteur). Là encore, il est question de grandes sociétés traitant avec une banque, dans un cadre national ou international.

Dans le milieu bancaire, le respect de la parole donnée est une règle d'or. Celui qui ne la respecte pas se discrédite, et peu importe que ce manquement au contrat soit ou non juridiquement sanctionné en droit français. À terme, une entreprise mondialisée (entreprise de BTP, banque …) qui se discrédite sera ostracisée par les autres. On comprend donc le degré d'exigence que représentent ces garanties personnelles fiables, que les banques occupent la position de garant (garantie autonome) ou de créancier (lettre d'intention appelée aussi lettre de confort).

Dans les années 1990, le développement de la réglementation tatillonne du cautionnement en droit interne a naturellement conduit les banques à s'interroger sur la valeur de ce collatéral (avec la réponse que l'on sait). En droit interne, la situation était toutefois différente, puisque les banques dispensent le crédit à des entreprises de taille

[1] Les banques françaises n'ont pas inventé les garanties autonomes : elles ont imité les pratiques de leurs concurrentes étrangères, afin de rester compétitives et de permettre à des entreprises françaises de proposer les garanties exigées par leurs clients (dont certains étaient rendus solvables par les chocs pétroliers des années 1970).

nettement plus réduites : leurs dirigeants sont des personnes physiques qui engageront leur patrimoine personnel (ce que ne font évidemment jamais les dirigeants de grandes sociétés). Des figures contractuelles connues de longue date, en droit du contrat et en régime général des obligations, ont alors fait leur réapparition.

La diversification des garanties personnelles depuis les années 1990 s'explique donc par des réalités diverses. Il faudra néanmoins les classer. Parmi les garanties personnelles, le créancier et son garant personnel exerceront leur choix selon deux modalités.

– Soit le garant s'engage à garantir l'exécution d'une dette bonne et loyale (quel qu'en soit le montant), quitte à payer directement ou indirectement le créancier. Il contractera alors une *garantie personnelle principale* (section 1ère) ;

– Soit il s'engage à verser une somme indépendamment de ce que doit (ou non) le débiteur. Quand il s'engage, le garant indépendant sait que le créancier pourra déclencher sa garantie à titre préventif (avec le sous-entendu : que la dette du débiteur existe ou non, qu'elle soit payée partiellement ou non). Il contractera une *garantie personnelle indépendante* (section 2ème).

L'efficacité de la garantie personnelle sera donc acquise assez simplement, en écartant l'une des deux limites qui s'imposent dans le cautionnement (soit l'obligation de règlement, soit l'obligation de couverture).

(302- à 309. : réservés)

Section 1ère

Les garanties principales

Résumé :

Les **garanties principales** sont des contrats par lesquels le garant garantit l'exécution de la dette du débiteur, par différentes figures contractuelles ayant entre elles au moins un point commun : le garant principal s'engage à payer, directement ou indirectement, le créancier, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle, si le débiteur, contrairement à la promesse qui est faite, est l'auteur d'un impayé.

Trois garanties principales sont nommées, mais la liberté contractuelle des parties leur permet de recourir à d'autres contrats, en fonction du type de déclencheur que recherche le créancier.

- En présence d'une *lettre d'intention*, le garant (promettant) garantit l'exécution de la dette, grâce au soutien qu'il apportera, en cas de besoin, au débiteur. Le soutien empêchera donc le débiteur d'être en défaut de paiement envers le créancier.
- En présence d'un *porte-fort d'exécution*, le garant (promettant) garantit l'exécution de la dette ou de la prestation par le débiteur, sans préciser les mesures qu'il prendra afin que le débiteur paye à échéance. La promesse sera respectée quand le débiteur a exécuté correctement son obligation ou sa prestation.
- En présence d'une *solidarité-sûreté*, le garant (codébiteur non intéressé à la dette) s'engage envers le créancier au même titre que le débiteur véritable : la garantie est donc principale (et non pas accessoire). Si le codébiteur (intéressé à la dette) n'est pas en mesure d'exécuter, le codébiteur (non intéressé) fournira la prestation convenue.

Les effets de ces garanties principales deviendront visibles, en présence d'une inexécution du débiteur.

- Envers le créancier, le garant engage sa responsabilité personnelle, sans limitation de montant, en présence d'un défaut de paiement à échéance. La fixation de l'obligation de règlement (et le chiffrage imposé aux cautions, personnes physiques) n'a donc pas lieu d'être ;
- Les sommes versées au créancier (en cas de défaillance) et au débiteur (quand le garant a payé la dette ou soutenu le débiteur) donneront lieu à un recours en remboursement exercé contre le débiteur. Le recours est personnel. Le recours subrogatoire est exclu.

La garantie principale est donc systématiquement plus efficace que le cautionnement, dès lors que la dette due par le débiteur est valide. Les devoirs impératifs imposés au créancier (quelconque ou professionnel) envers la caution (quelconque ou personne physique) sont inapplicables, soit en raison du type d'engagement pris par le garant, soit par un raisonnement a contrario. Le garant doit les intérêts de retard sans avoir à être averti de la défaillance du débiteur. Aucune information annuelle sur l'évolution de la dette ou sur la faculté de résilier ne s'impose … Il n'existe qu'une règle dérogatoire, applicable à toutes les

sûretés personnelles, garanties comprises, lorsque le débiteur professionnel en sauvegarde est garanti par une personne physique.

310. Les **garanties personnelles principales** sont des contrats par lesquels le garant garantit que le débiteur exécutera sa dette à échéance, parce qu'il ne pourra pas être défaillant grâce aux paiements que le garant effectuera, au plus tard dès que la dette garantie vient à échéance. Si cette promesse n'est pas tenue (donc en présence d'une inexécution commise par le débiteur), la responsabilité personnelle du garant est engagée, sans limitation de montant.

À première vue, le caractère « principal » de l'engagement du garant est incompatible avec la définition de la sûreté personnelle[1], selon laquelle le garant s'engage à verser un paiement de substitution au créancier.

– Effectivement, lorsque le garant personnel s'engage au même titre que le débiteur, à payer le créancier à échéance, son engagement n'a plus rien d'accessoire : le créancier sera payé, à titre principal, par le garant. Aucun paiement de substitution n'a lieu : le garant paie directement le créancier ou, ce qui revient au même, il aura fourni au débiteur les fonds destinés au créancier. Lorsque le débiteur ou son garant rembourse, le créancier est payé. Aucun incident de paiement n'a eu lieu, et il arrivera souvent que le créancier ne soit même pas au courant des difficultés qu'a pu traverser le débiteur. Lorsque le garant respecte sa promesse, l'engagement principal du garant n'est pas une sûreté.

– Le garant engage sa responsabilité personnelle en cas d'inexécution de sa promesse (c-à-d. en présence d'un incident de paiement). Le créancier réclamera alors un paiement de substitution et il pourra l'obtenir du garant. Le titre par lequel le garant s'engage envers le créancier servira alors de garantie personnelle : la survenance d'un incident de paiement est la condition (suspensive) dont la réalisation déclenchera la garantie.

Les garanties principales ne deviennent donc des sûretés personnelles que lorsque la promesse du garant n'est pas tenue, parce qu'un impayé a eu lieu : c'est la condition (suspensive), commune à toutes les sûretés, qui déclenchera l'appel en garantie du créancier.

[1] Supra n°50 : « Les sûretés personnelles imposent à un garant de procurer un paiement de substitution à un créancier, dans l'hypothèque où le débiteur serait ou risquerait d'être défaillant dans l'exécution de son obligation ; le garant, après paiement, disposera d'un recours intégral en remboursement contre celui qui est enrichi par son paiement (à savoir, le plus souvent, le débiteur). »

La *responsabilité personnelle du garant* qui a manqué à sa promesse conduira alors le garant à verser au créancier des dommages-intérêts, dont le montant correspondra « plus ou moins » à ce que devait le débiteur au créancier. La responsabilité (contractuelle) du garant est celle de droit commun :

– Le manquement du garant est acquis en présence d'un incident de paiement (dont le débiteur est l'auteur). Ce manquement sera imputé de plein droit au garant (art. 1231-1 c. civ.). La différence entre le déclencheur de la garantie principale et celui du cautionnement peut sembler limitée : incident de paiement d'un côté, défaillance du débiteur de l'autre[1].

– Le garant devra au créancier impayé les dommages-intérêts (art. 1231-2 c. civ.), à savoir le montant que devait le débiteur (le dommage) accru des intérêts (de retard). Le montant des dommages-intérêts correspond « plus ou moins » à l'obligation de règlement de la caution (laquelle doit être précisée et ne peut excéder ce que doit le débiteur), à quelques détails près.

Les garanties personnelles deviennent donc des sûretés quand le garant personnel engage sa responsabilité contractuelle envers le créancier, si le débiteur est l'auteur d'un incident de paiement. Les différences entre la garantie principale et le cautionnement solidaire peuvent sembler faibles (puisque cantonnées au déclencheur et à l'obligation de règlement) : elles produisent néanmoins des effets importants (grâce au raisonnement a contrario), aussi bien lors de la formation (§1er) que lors de l'exécution (§2ème) des garanties principales.

(311- à 315. : réservés)

§1er/ La formation des garanties principales :

la liberté contractuelle des parties

316. La **formation des garanties principales** obéit aux conditions de droit commun du contrat, puisque l'engagement du garant envers le créancier prendra la forme d'un contrat unilatéral, nommé ou innommé, ayant pour objet de créer une sûreté personnelle spécifique. La liberté contractuelle des parties conduira à fixer les éléments essentiels

[1] Le créancier a donc mis le débiteur en demeure d'exécuter, puis il a informé la caution de la défaillance du débiteur non régularisée dans le délai fixé dans la mise en demeure.

de leur accord, en fonction des besoins spécifiques du créancier. Plusieurs figures contractuelles, en droit des sûretés, en droit du contrat et en régime général des obligations peuvent être convenues entre les parties.

En droit des sûretés (personnelles), la *lettre d'intention* (art. 2322 c. civ.) conduira un garant (promettant) à promettre son « soutien » au débiteur, lequel sera donc en mesure de rembourser sa dette : soutenu par un garant solvable, le débiteur, même confronté à une difficulté, ne sera donc pas l'auteur d'un impayé.

En droit du contrat, le *porte-fort d'exécution* (art. 1204 c. civ.) conduira un garant (promettant) à promettre au créancier que le débiteur exécutera. Le fait d'un tiers (à savoir le paiement du débiteur) aura lieu, le garant le certifie (sans préciser ce qu'il compte faire pour empêcher le défaut de paiement : c'est son affaire). Là encore, le créancier comprend que le débiteur ne sera pas défaillant.

En régime général des obligations, l'*obligation solidaire* (art. 1310 c. civ. et suiv.) contractée par le garant (coobligé) lui imposera d'exécuter l'obligation au même titre que le débiteur. La dette sera exécutée par l'un quelconque des coobligés, soit le véritable débiteur soit son garant coobligé. La dette sera donc éteinte par le paiement, avant même que le codébiteur (débiteur véritable) puisse être défaillant.

Les trois garanties principales nommées qui donneront lieu à un engagement du garant possèdent donc un trait commun : le garant promet que le créancier n'aura pas le temps d'être confronté à un débiteur défaillant, puisque l'exécution sera prise en charge par le garant, indirectement ou directement, dans le cadre d'une lettre d'intention (I), d'un porte-fort d'exécution (II) ou d'une obligation solidaire (III).

I/ La lettre d'intention : *la promesse du soutien*

317. La **lettre d'intention**, prévue en droit des sûretés (titre 1er du livre IV), est définie à l'article 2322 c. civ. : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. » Cette définition obscure (qui ne montre pas clairement qu'il s'agit là d'une sûreté personnelle[1]) reprend une dénomination issue de la pratique bancaire, validée par la jurisprudence dès 1987[2]. Parfois aussi nommée

[1] Ce qu'elle est pourtant, au vu de sa place dans le code civil : livre IV (Des sûretés), titre 1er (Des sûretés personnelles), chap. III (De la lettre d'intention). Comparer avec l'art. 2288 c. civ. : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

[2] Com., 21 déc. 1987, n°85-13.173, Bull. n°281 ; JCP G 1988.II.21113, concl. Montanier ; D. 1989, p.112, note Brill : « malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même

« lettre de confort » (conforter signifiant : rendre fort), la lettre d'intention est un contrat spécial qui sera (classiquement) conclu par l'échange des consentements portant sur un objet suffisamment déterminable.

L'objet de la lettre d'intention sera suffisamment déterminable quand le garant (promettant) s'engage à soutenir le débiteur dans l'exécution de son obligation. Soutenir signifie empêcher de défaillir : la dette sera donc payée au créancier, avant même que le débiteur puisse être juridiquement défaillant.

La lettre d'intention est un contrat unilatéral qui repose sur un échange des consentements. L'offre de soutien est apportée par le promettant, et il faudra que le créancier accepte cette offre pour que la lettre d'intention soit irrévocablement conclue. Un acte juridique unilatéral émanant du promettant ne suffit pas à former une lettre d'intention.

La lettre d'intention sera donc conclue lorsque son objet sera suffisamment déterminé (1), parce que le promettant précise ce qu'il entend par « soutien » apporté au débiteur, et lorsque cette offre sera acceptée par la banque (2).

1/ L'objet de la lettre d'intention : *le « soutien dans l'exécution »*

318. L'**objet de la lettre d'intention** sera suffisamment précis quand le promettant d'intention aura précisé les engagements pris au titre du « soutien dans l'exécution » de son obligation par le débiteur. Deux éléments essentiels (et non pas trois, comme dans le cautionnement) seront nécessaires pour fixer l'objet de la lettre d'intention :

- premièrement, il faudra préciser les mesures envisagées dans le « soutien » ;
- deuxièmement, il faudra identifier l'obligation couverte.

On note l'absence de l'obligation de règlement.

319. Le **soutien dans l'exécution** signifie que le promettant s'engage à prendre des mesures qui empêcheront le débiteur d'être en défaut de paiement. Selon l'article 2322 c. civ.[1], le promettant prendra « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur ». L'objet de la lettre d'intention est complexe, car elle comporte deux catégories d'obligations, les unes destinées au débiteur (le soutien),

elle ne constitue pas un cautionnement »

[1] Art. 2322 c. civ. : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. »

les autres destinées au créancier (la promesse de la non-défaillance du débiteur, en raison du soutien).

Les *prestations destinées au débiteur* seront des obligations « de faire ou de ne pas faire » (selon l'article 2322 c. civ.), centrées sur le soutien dans l'exécution (remboursement d'un emprunt, paiement d'un loyer ...), lorsque ce soutien s'avère nécessaire ou utile au débiteur. Le soutien apporté au débiteur sera donc la mesure de l'engagement du garant : il faut examiner de plus près les mesures envisagées (en comprenant celles qui ne le sont pas).

– Les mesures de soutien ne seront prises qu'en cas de besoin : les prestations à fournir par le promettant au débiteur sont subordonnées à une condition (suspensive). Si le débiteur dispose des ressources suffisantes pour rembourser seul son prêt, le promettant ne lui apportera aucun soutien. S'il rencontre des difficultés de trésorerie, il aura besoin d'être soutenu par le promettant, qui devra exécuter ses obligations.

– Le promettant s'engage à des obligations de faire (injecter des fonds dans la filiale ; contrôler sa gestion), de ne pas faire (ne pas exiger de rémunération pour l'usage de la marque par la filiale …) ou les deux (geler les profits de la filiale et les affecter au remboursement de l'emprunt…). Les obligations du promettant consisteront donc à « mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin » (Com., 17 mai 2011[1]) ou à « faire le nécessaire pour que la filiale rembourse son emprunt » (Com., 3 juillet 2019[2]).

– Ces mesures destinées au débiteur se traduiront par des soutiens directs ou indirects (si le débiteur rencontre des difficultés : supra). Le soutien sera direct quand le promettant s'engage à injecter des fonds destinés au remboursement de tel emprunt. Le soutien sera indirect quand le promettant

[1] Com.,17 mai 2011, n°09-16.186, *Société Emball'isso*, Bull. : « Après avoir relevé qu'un contrat de prêt prévoyait, à titre de garantie, une lettre de confort ferme du montant de celui-ci, une cour d'appel, qui a retenu qu'une société mère avait contracté une obligation de faire en s'engageant à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tous moments vis-à-vis de la banque, et ce, d'autant qu'elle s'engageait à mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin, a exactement déduit des termes de cette lettre que l'obligation de faire ainsi souscrite s'analysait en une obligation de résultat. »

[2] Com. 3 juill. 2019, n°17-27.820, AJ contrat 2019. 452, obs. D. Houtcieff ; Rev. sociétés 2020. 25, note D. Houtcieff ; RTD civ. 2019. 858, obs. H. Barbier ; Gaz. Pal. 2019, n° 36, p. 63, obs. M. Bourassin ; Com. 18 déc. 2019, n° 18-12.287, Rev. sociétés 2020. 296, note T. Massart ; Banque et Dr. 2020, n° 190, p. 34, obs. N. Rontchevsky : « faire le nécessaire afin que sa filiale respecte ses engagements ». Voir aussi : Com., 25 juin 2002, n°99-10587, D. 2002.Somm.p.3331, obs. L. Aynès : « faire le nécessaire pour que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante »

garantit que le débiteur restera in boni pendant 18 mois (incluant la période de remboursement du prêt : Com., 26 janvier 1999[1]). Malgré la formulation (Com., 26 janvier 1999, préc.) ou l'interprétation (Com., 17 oct. 1995[2]) hasardée de quelques arrêts, les obligations du promettant ont, comme l'affirme l'article 2322 c. civ., « pour objet [et non pas pour but] le soutien ». Les obligations pesant sur le promettant sont donc toujours de « résultat »[3].

L'*engagement pris envers le créancier* par le promettant a pour objet une promesse. La prestation due par le promettant d'intention consiste à garantir l'exécution (par le débiteur) :

– La garantie du prêt[4] apparaîtra, aux yeux du créancier, comme une promesse tangible, en raison de la consistance des mesures de soutien (destinées au débiteur). Ce dernier sera, aux yeux du créancier, en mesure d'exécuter son obligation, et le promettant sera en mesure de tenir sa promesse.

– La lettre d'intention est donc un accessoire au prêt. Faute de précision contraire dans l'article 2322 c. civ., il faut lui appliquer le régime de l'obligation réelle. En cas de cession de créance (art. 1321 c. civ.[5]), le promettant d'intention reste tenu envers le cessionnaire de la créance.

L'objet de la lettre d'intention (schéma 3.1) consiste donc à garantir la bonne exécution d'une obligation, grâce au soutien apporté au débiteur (en lui fournissant les ressources nécessaires). L'objet de la promesse (faite au créancier), c'est que le débiteur exécutera ; la mesure de cette promesse, ce sont les ressources qui seront affectées au débiteur en cas de besoin. Si le soutien conduit à l'exécution, le promettant promet l'exécution.

---

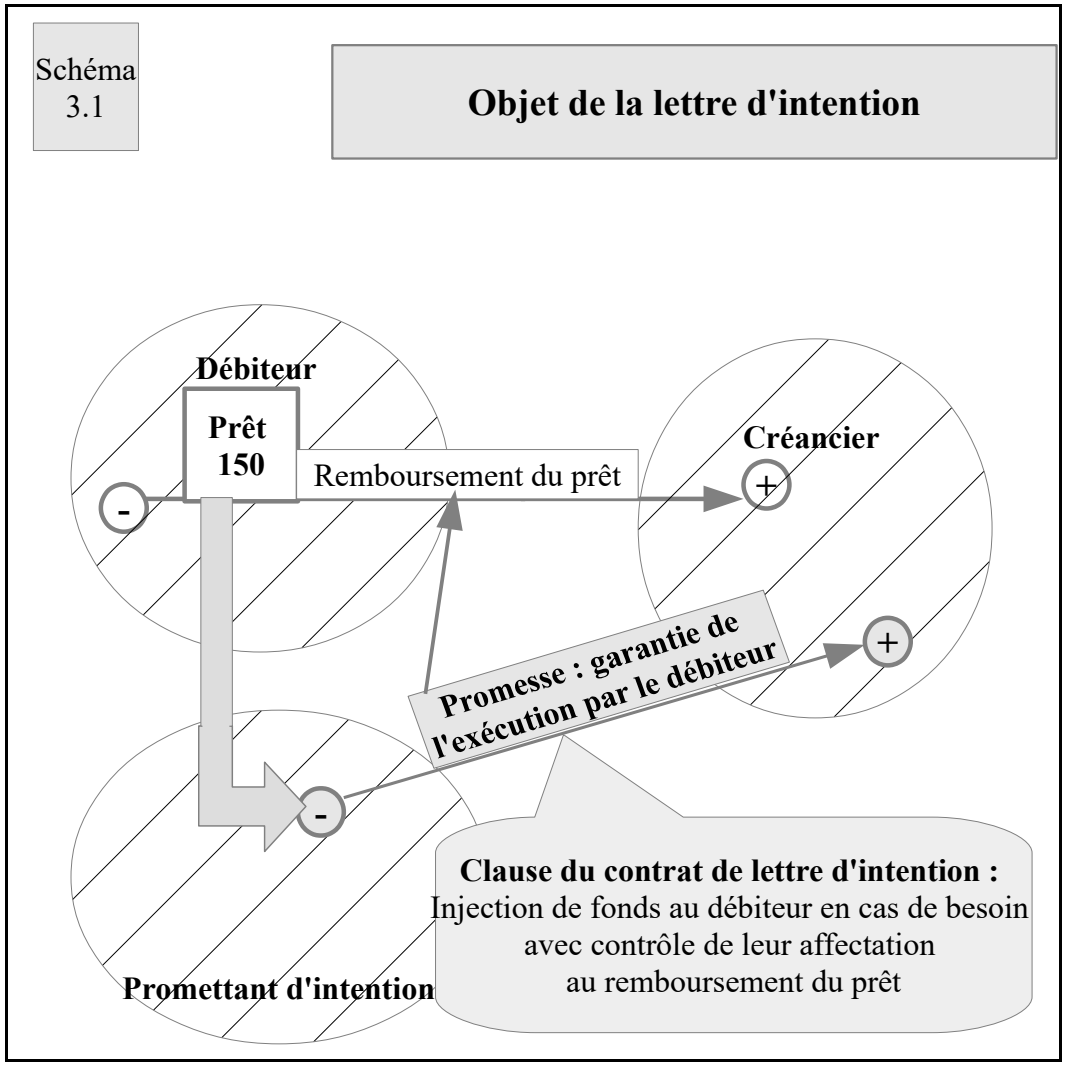
[1] Com., 26 janvier 1999, n°97-10003 ; Bul. n° 31 ; JCP E 1999, p. 674, note D. Legeais ; D. cahier droit des affaires, 1999, p. 577, note L. Aynès : « l'arrêt relève que le protocole du 30 septembre 1991 se réfère expressément à l'accord souscrit le 6 septembre 1991 entre la société Sony et les autres actionnaires de la société Médialeaders, garantissant le maintien in bonis de celle-ci pendant une durée minimale de dix-huit mois ».

[2] Com., 17 oct. 1995, n°93-20.459, inédit : l'arrêt est parfois cité comme validant une obligation de moyens. En réalité, le promettant avait injecté des fonds au débiteur, comme il s'y était engagé ("nous suivons tout particulièrement la gestion de cette société et, comme il est de tradition dans notre groupe, nous ferons donc tous les efforts nécessaires pour que la société New PLS soit en mesure de faire face à ses obligations, et notamment celles envers le Crédit du Nord").

[3] Com.,17 mai 2011, n°09-16.186, préc. : « (...) l'obligation de faire ainsi souscrite s'analysait en une obligation de résultat. » ; Com., 21 déc. 1987, n°85-13.173, préc. : la « lettre d'intention peut (…) constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel (…) pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ».

[4] Com. 17 mai 2011, n°09-16.186, préc. : le « contrat de prêt prévoyait, à titre de garantie, une lettre de confort »

[5] Art. 1321 c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.
« Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.
« Elle s'étend aux accessoires de la créance.
« Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible. »



320. L'**identification des dettes couvertes** par le promettant est le deuxième objet à préciser. L'article 2322 c. civ.[1] vise le débiteur « *l'exécution de son obligation envers son créancier* ». L'obligation de couverture du promettant est régie par la liberté contractuelle ; il suffira d'être en présence d'une dette valide.

L'obligation de couverture est régie par la *liberté contractuelle*. Aucune restriction n'est imposée par l'article 2322 c. civ., de sorte que :

– Les parties peuvent convenir que la dette garantie sera présente ou future (ou encore éventuelle), à naître dans un temps déterminé ou indéterminé. Le promettant peut également couvrir un ensemble de dettes, qui seront suffisamment déterminables par l'identité du créancier et du débiteur.

[1] Art. 2322 c. civ. : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. »

– La couverture de dettes à naître à durée indéterminée pourra faire l'objet d'une résiliation par le promettant d'intention, en respectant un délai (raisonnable ou prévu) de préavis, comme dans tout contrat conclu à durée indéterminée (art. 1211 c. civ.[1]). Tant qu'il ne révoque pas son engagement, le promettant d'intention restera donc tenu, même s'il perd la qualité qui le poussait à garantir les dettes du débiteur (la société-mère a cédé sa filiale, le dirigeant personne physique a cédé sa sarl à un repreneur), solution à admettre, au terme d'un raisonnement par analogie avec le cautionnement (supra n°142).

L'exigence d'une *obligation valide* pesant sur le débiteur n'apparaît pas explicitement à l'article 2322 c. civ. Elle est implicite.

– Si la dette du débiteur envers le créancier est éteinte (par le paiement, la compensation ou la prescription), le promettant est libéré. Il en va de même lorsque le créancier renonce (volontairement) à sa créance, en effectuant une remise (volontaire) de dette (art. 1350 et suiv. c. civ.). L'exception inhérente à la dette que peut opposer le débiteur au créancier le sera également par le promettent envers le créancier.

– Si le débiteur est en mesure d'opposer une exception personnelle (de nullité ou de résolution) à l'action du créancier, le promettant n'est (probablement) pas habilité à l'invoquer : il resterait tenu d'exécuter sa promesse envers le créancier.

– Le statut de l'exception d'inexécution n'est pas connu. Si le débiteur est en droit de geler les paiements, quand le cocontractant n'est pas en mesure de fournir la contrepartie du contrat synallagmatique (art. 1219 c. civ.[2]) ou quand il menace de ne pas être en mesure de l'exécuter (art. 1220 c. civ.[3]), le promettant d'intention pourrait, lui aussi geler la garantie d'exécution du contrat suspendu.

L'identification des dettes couvertes par le promettant donne donc lieu à une (petite) hésitation, lorsque l'exécution du débiteur n'a plus lieu d'être et quand il est en mesure d'invoquer une exception personnelle. Tant que le débiteur est tenu d'exécuter sa dette,

[1] Art. 1211 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »
[2] Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »
[3] Art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

et dans la mesure où il le doit, le promettant doit garantir le créancier, à raison d'une dette bonne et loyale.

321. L'**objet de la lettre d'intention** sera donc fixé par la promesse (garantir l'exécution du débiteur, par des mesures de soutien) et par l'identification de l'obligation couverte.

Lorsqu'il s'engage envers le créancier, le promettant garantit qu'il effectuera des prestations au profit du débiteur, dans l'éventualité où son soutien s'avérerait nécessaire pour que le débiteur exécute lui-même correctement ses propres obligations envers le créancier.

L'objet de la lettre d'intention est alors suffisamment précis. À ce stade, l'obligation de règlement n'apparaît pas : le promettant s'engage sans fixer le montant que le créancier pourrait lui réclamer (en cas d'inexécution de la promesse).

Deux clauses essentielles sont donc nécessaires et suffisantes à la formation de la lettre d'intention, si du moins l'échange des consentements a lieu.

2/ Le consentement des parties à la lettre d'intention : *la conclusion du contrat de lettre d'intention*

322. Le **consentement des parties** à la lettre d'intention est requis, de part et d'autre, pour que le contrat (unilatéral) de lettre d'intention soit correctement conclu. L'expression du consentement et les règles de pouvoir semblent être celles de droit commun.

La formation de la lettre d'intention exige le *consentement des deux contractants* : la lettre d'intention est un contrat, et non pas un acte juridique unilatéral (ce dont on pourrait douter, au regard de la rédaction de l'article 2322 c. civ.).

– Une acceptation du créancier est nécessaire, solution admise en jurisprudence (Com., 21 déc. 1987[1] : « une lettre d'intention (...) lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire ») ;

[1] Com., 21 déc. 1987, Bull. n°281 ; JCP G 1988.II.21113, concl. Montanier ; Dalloz 1989, p.112, note Brill : « malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement »

– L'acceptation par le créancier signifie qu'il estime que le promettant est suffisamment solvable pour être en mesure d'exécuter sa promesse, en fournissant le soutien dont le débiteur aura éventuellement besoin.

L'*expression du consentement* des parties au contrat est gouvernée par les règles de droit commun. Le promettant adressera son offre au créancier, lequel exprimera son acceptation soit signant l'acte, soit en envoyant par mail son acceptation.

La *preuve de la lettre d'intention* pourra donner lieu à une difficulté, en raison du caractère unilatéral de la lettre d'intention, si un promettant, personne physique, s'engage. Cette hypothèse ne s'est jamais présentée en jurisprudence (car, premièrement, la lettre d'intention est issue du monde des affaires, et, deuxièmement, parce que les personnes physiques souscrivent des contrat de porte-fort : infra). Un promettant d'intention, personne physique, serait-il soumis à la mention manuscrite, imposant de fixer le montant de son obligation de règlement (art. 1376 c. civ.[1]) ?

Dans l'hypothèse proche de la promesse de porte-fort (infra), la jurisprudence n'exige plus[2] de mention manuscrite, lorsqu'une personne physique s'engage (Com., 18 juin 2013[3]). La similitude qui existe entre la promesse d'intention et de celle de porte-fort est telle qu'il est probable (raisonnement analogique) que le promettant d'intention, personne physique, ne sera pas soumis à la mention manuscrite.

Le montant que le promettant s'engage à verser au titre du soutien à procurer au débiteur (ce qui correspond à l'obligation de règlement) n'a donc pas besoin d'être chiffré, ni de faire l'objet d'une clause dactylographiée précisant que le promettant s'engage de manière illimitée. Le silence de la lettre d'intention à propos de l'obligation de règlement signifiera que le promettant (personne physique ou morale) s'engage de manière illimitée.

[1] Art. 1376 c. civ. : « L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres. »

[2] Com., 13 déc. 2005, n°03-19217, Bull. n°256 ; Defrénois, 2006, art. n°38345, p.414-424, obs. Eric Savaux ; RTDCiv. 2006, p. 305-307, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages : la cour de cassation exige « une mention manuscrite de la part [du porte-fort] exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il avait de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite ». Voir aussi : Civ. 1ère, 15 mai 2008, n°06-806, Bull.

[3] Com., 18 juin 2013, n°12-18.890, Bull. ; Dalloz 2013, p.1621, note Xavier Delpech ; revue Banque et droit, n° 150, juillet-août 2013, p.40-41, note Nicolas Rontchevsky ; RLDC 2013, n°5197, p.35 à 37, note Charles Gijsbers ; RLDC 2013, n°5230, p. 30 à 32, note Isabelle Riassetto ; Bulletin Joly Sociétés, 2013, n° 110h8, p. 540 à 542, note Jean-François Barbièri ; JCP G 2013, n°960, p. 1682 à 1684, note Géraud Mégret ; RDC 2014. 66, obs. A.-S. Barthez ; RTD civ. 2013, p.653, obs. P. Crocq, et 842, obs. H. Barbier ; Dr. et patr. févr. 2014. 65, obs. P. Dupichot ; RD banc. fin. 2013. Comm. 155, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal., n° 282-283, 9-10 octobre 2013, p.18-19, note Dimitri Houtcieff : (abstrat) « Il résulte de l'article 1120 [devenu 1204] du code civil que l'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que l'article 1326 [devenu 1376] du code civil ne lui est pas applicable. »

323. Les **limitations de capacité ou de pouvoir** (prévues avec le cautionnement) n'ont pas été appliquées à la lettre d'intention, du moins en présence d'un promettant, personne morale (cas quasi-exclusif dans la pratique bancaire).

En *droit des sociétés, les limitations de capacité* imposées à l'organe de direction de la société n'ont pas été appliquées par la jurisprudence (de la chambre commerciale) à la lettre d'intention. Elle a été considérée comme un contrat quelconque, ne nécessitant pas les autorisations des organes de contrôle (alors que ces autorisations sont requises en présence d'un cautionnement).

- Selon Com., 26 janv. 1999[1] (arrêt présentant certains vices de rédaction), la promesse d'intention consentie par l'organe de direction (agissant seul, sans autorisation de l'organe de contrôle) de la personne morale promettante a été considérée comme valide.
- L'apparence fautive de pouvoir est soumise au droit commun. Selon l'article 1156 c. civ. : « si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant (...) », le contrat sera opposable au représenté. La chambre commerciale décide dans cette logique que le comportement fautif d'une société peut créer une apparence de nature à l'engager comme promettante d'intention (Com., 3 février 2015[2]).

  Cette position (assez classique) de la jurisprudence commerciale s'explique par la volonté de ne pas permettre d'invoquer un vice de forme, alors que la société, auteur de la lettre d'intention, a montré sans équivoque sa volonté de s'engager. La logique consensualiste s'applique naturellement dans les milieux d'affaires (des grandes sociétés et des banques).

En *droit des régimes matrimoniaux*, on ignore si la réduction du droit de gage général du créancier s'applique à la lettre d'intention souscrite par un seul époux marié en régime communautaire. On sait que si l'époux qui se porte seul caution n'engage que ses propres et ses revenus : s'il s'engage seul dans une lettre d'intention, quel est le droit de gage général du créancier ?

---

[1] Pour une lettre l'intention : Com., 26 janv. 1999, n°97-10003, Bull. n°31 : « (...) l'obligation souscrite n'était que de moyens ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une garantie au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 et ne nécessitait pas une autorisation préalable du conseil d'administration (...) »

[2] Com., 3 février 2015, n° 13-24.895 ; Bull. ; Bull. Joly sociétés 2015, p. 128 à 130, note Alain Couret ; JCP E 2015.II.1159, note Bruno Dondero : « L'immixtion d'une société mère, de nature à créer une apparence propre à faire croire à un créancier de l'une de ses filiales qu'elle s'y substituait dans l'exécution d'un contrat, oblige ladite société mère à répondre de la dette de sa filiale. »

– On l'ignore, essentiellement parce que les lettres d'intention sont souscrites par des dirigeants de grandes sociétés qui engagent leur société, et non leur patrimoine personnel. Si un dirigeant de société devait engager son patrimoine personnel, la banque réclamerait un porte-fort d'exécution (et non une lettre d'intention) (infra).

– Si l'hypothèse d'une lettre d'intention souscrite par un dirigeant (marié) engageant son patrimoine personnel se présente, la jurisprudence choisira entre un raisonnement par analogie et un raisonnement a contrario.

– Le raisonnement par analogie (avec le cautionnement : art. 1415 c. civ.[1]) conduit à décider que l'époux qui s'engage seul n'engage que ses propres et ses revenus. Avec l'accord de son conjoint, tous les biens communs sont engagés (revenus des deux conjoints et biens communs ordinaires).

– Le raisonnement a contrario conduit à décider que l'époux qui s'engage seul dans un contrat banal (ce que serait la lettre d'intention) engagerait ses revenus et les biens communs ordinaires (art. 1413 c. civ.[2]), à l'exclusion des revenus de son conjoint (art. 1414 al. 1er c. civ.[3]).

Il est probable que les juges (notamment ceux de la première chambre civile) choisiraient de protéger le promettant, personne physique, en optant pour le raisonnement par analogie.

(324- à 328. : réservés)

329. La **formation de la lettre d'intention** est acquise, lorsque les parties à ce contrat spécial ont échangé leurs consentements et fixé l'objet de la garantie apportée par le garant.

Le *consentement* à la promesse semble obéir au droit commun. La lettre d'intention apparaît comme un contrat quelconque : aucun formalisme n'est exigé.

[1] Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

[2] Art. 1413 c. civ. : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

[3] Art. 1414 al. 1er c. civ. : « Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. (...) »

– Le promettant, personne morale, s'engage dans un contrat quelconque, selon la jurisprudence. Aucune autorisation spéciale (analogue à celle exigée dans le cautionnement) n'est requise.

– Le promettant, personne physique, s'engage, a priori, sans avoir à fixer par une mention manuscrite son obligation de règlement, imposée en présence d'un contrat unilatéral ; on ignore si le conjoint (marié sous un régime communautaire) doit donner son accord pour que les biens communs soient engagés.

L'*objet de la lettre d'intention* est une promesse, par laquelle le promettant garantit l'exécution du débiteur, grâce au soutien qui lui sera apporté en cas de besoin. Les dettes couvertes par cette garantie sont quelconques ; il suffit qu'elles soient valables. Quant au soutien apporté au débiteur, il fixera la mesure de l'engagement du promettant.

La lettre d'intention se distingue donc du cautionnement par son déclenchement précoce : le garant promet que le débiteur ne sera pas défaillant, ce que ne promet pas la caution. Le garant pourrait également souscrire un autre type de promesse, légèrement différente et plus simple, avec le porte-fort.

II/ Le porte-fort d'exécution : *la promesse de l'exécution par le débiteur*

330. Le **porte-fort d'exécution** est un contrat par lequel un promettant (garant personnel) garantit à son cocontractant (créancier) qu'une obligation sera exécutée par le débiteur, sous peine, pour le promettant, d'engager sa responsabilité personnelle. La promesse de porte-fort, déjà connue en 1804[1], a été précisée lors de la réforme de 2016 (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), avec le porte-fort d'exécution (distinct du porte-fort de ratification[2]).

– Selon l'article 1204 al. 1er c. civ.[3], le promettant peut s'engager « en promettant le fait d'un tiers », en l'occurrence que le loyer dû par le locataire sera

[1] Anc. art. 1120 c. civ. (réd. 1804): « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

[2] Ainsi, lorsqu'une société se constitue, les associés s'engagent à obtenir une ratification par un tiers (la société en formation), lorsque la personnalité morale de la société en voie de formation sera acquise. Voir aussi : Soc., 3 mai 2012, n°11-10.501.

[3] Art. 1204 c. civ. : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.
« Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.
« Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit. »

payé ou que tel emprunteur remboursera à échéance son crédit : le promettant s'en porte garant, ou, pour reprendre un vocabulaire ancien, « s'en porte fort ».

– La sanction de la promesse non tenue est précisée à l'alinéa 2 : il sera « condamné à des dommages et intérêts. »

Prévu en droit du contrat, et non en droit des sûretés, le porte-fort d'exécution se forme (comme tout contrat), par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (2), lorsque l'objet du contrat (1) est suffisamment déterminé.

1/ L'objet du contrat de porte-fort : *l'exécution de l'obligation ou de la prestation*

331. L'**objet du contrat de porte-fort d'exécution** consiste, pour le garant (promettant), à garantir l'exécution d'un fait, à savoir, en l'occurrence, le paiement à échéance de sa dette par le débiteur. Proche de la lettre d'intention, le porte-fort d'exécution sera formé quand deux objets sont fixés : il faut une promesse et identifier les dettes couvertes.

La *promesse du porte-fort d'exécution* est (apparemment : infra n°332) plus simple que celle du promettant d'intention.

– Contrairement à la lettre d'intention, dans laquelle le promettant détaille les mesures de soutien à apporter au débiteur, le porte-fort d'exécution ne précise pas ce qu'il compte faire pour que le débiteur exécute : c'est son affaire personnelle. Seul compte le résultat, à savoir que l'exécution du débiteur aura lieu.

– L'engagement du porte-fort est un accessoire à la dette couverte (Com., 13 déc. 2005[1]). L'exécution procurée par le débiteur signifie que la promesse du porte-fort est respectée. Contrairement à ce qui a été affirmé ponctuellement en jurisprudence (infra n°332), le régime de l'obligation réelle s'applique à tous les engagements de porte-fort d'exécution (ayant pour objet l'obligation du débiteur ou la seule prestation). En présence d'une cession de créance (art. 1321 c. civ.), le porte-fort garantit le cessionnaire.

[1] Com., 13 déc. 2005, n°03-19217, Bull. n° 256 ; Defrénois, 2006, art. 38345, p. 414-424, observations Eric Savaux ; RTD civ. 2006, p. 305-307, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages : « celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ».

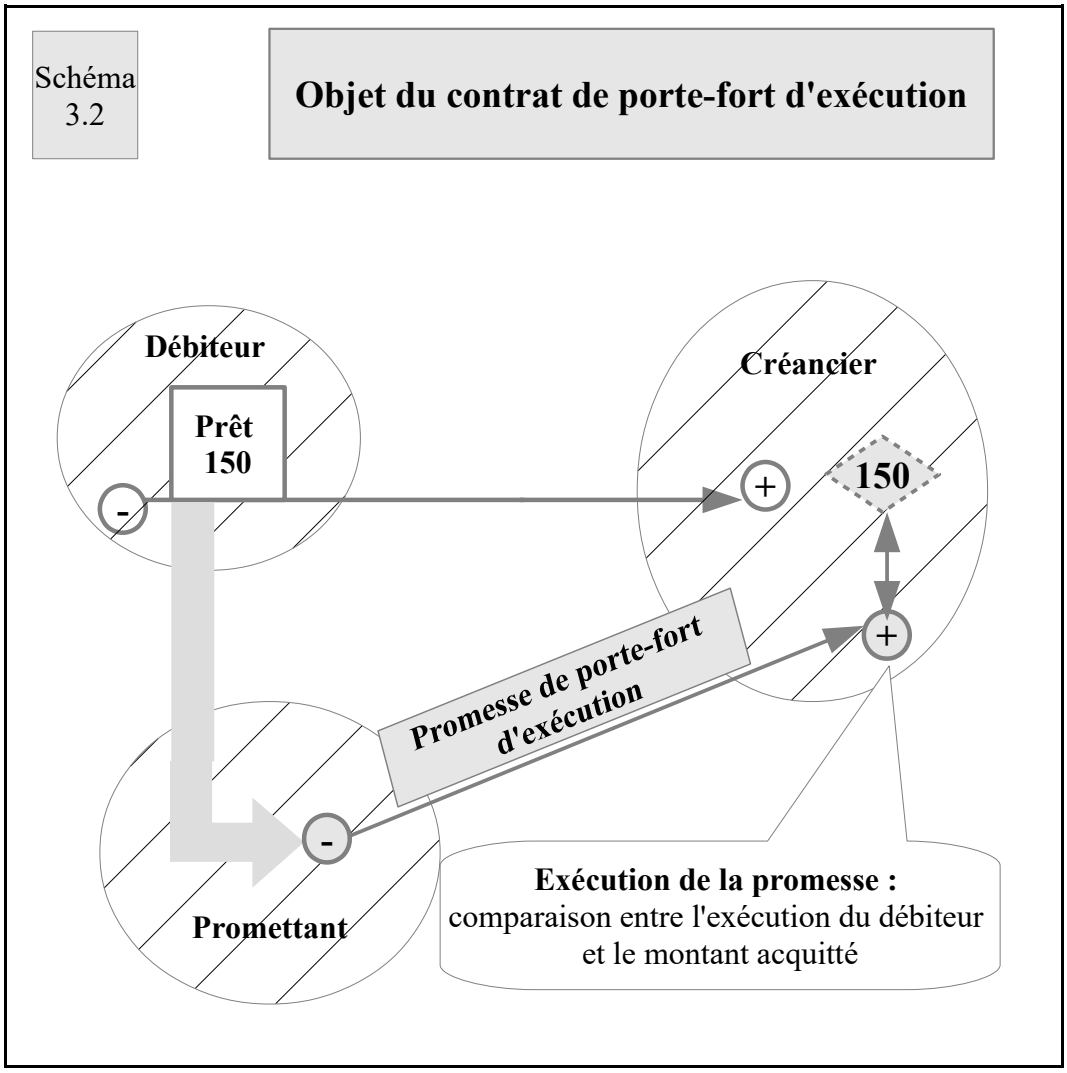
Les *dettes couvertes* par le porte-fort ne présentent pas de spécificité. Elles doivent être identifiées ; les parties disposent d'une entière liberté contractuelle en la matière (comme en présence d'un cautionnement).

– Le porte-fort garantira donc des dettes présentes, futures ou éventuelles, ou un ensemble de dettes. Elles seront identifiées par l'identité du créancier et du débiteur, en présence de dettes futures, ou, en présence d'une dette présente, par l'objet de la dette et l'identité du débiteur (emprunt immobilier, loyer …).

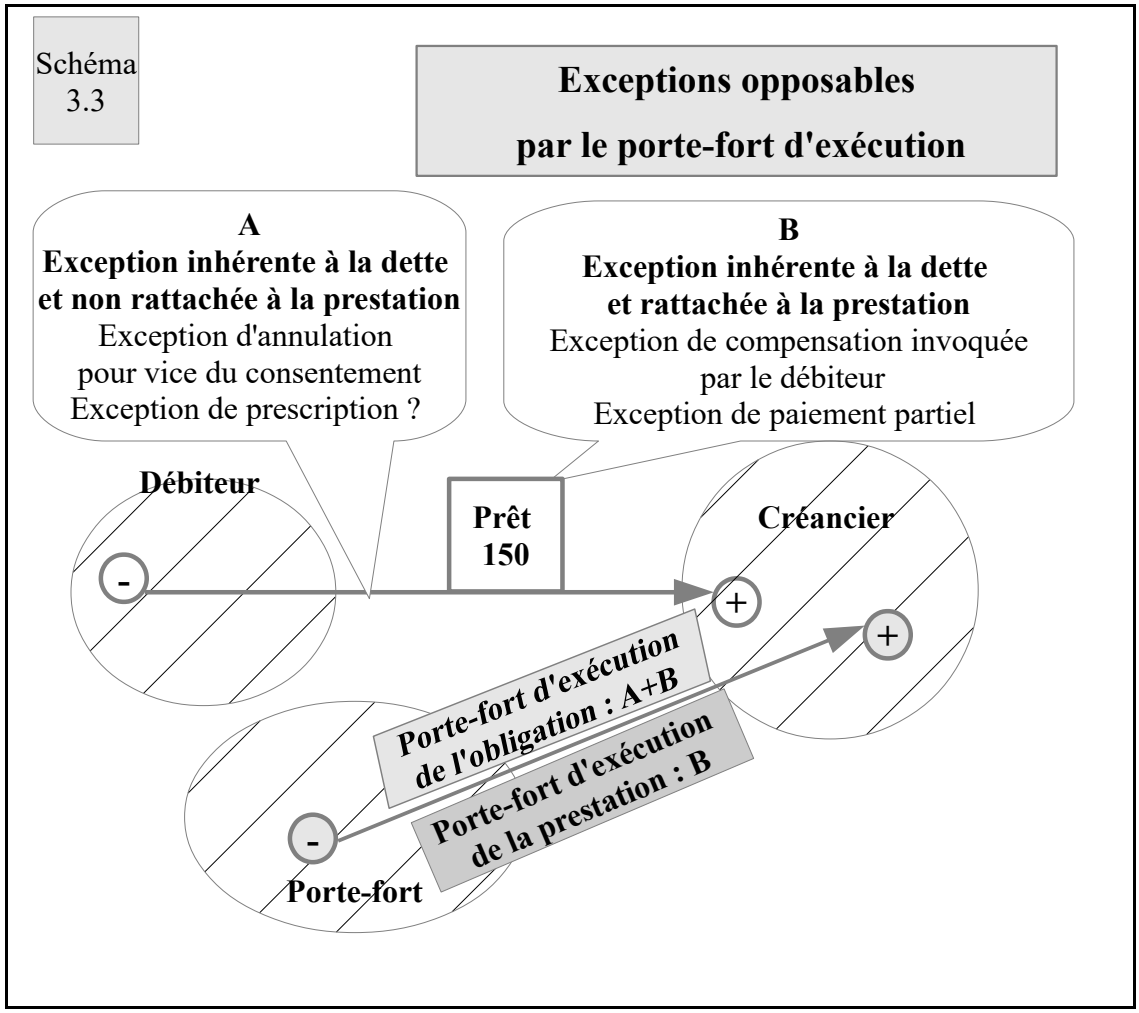
– Si le porte-fort d'exécution s'engage à durée indéterminée, il pourra résilier son engagement, en respectant un délai raisonnable de préavis (comme en présence d'une lettre d'intention : supra n°320) (art. 1211 c. civ.[1]). On sait qu'une caution, personne physique, est informée annuellement de sa faculté de résilier.

L'objet du contrat de porte-fort d'exécution est donc plus simple que celui de la lettre d'intention : le porte-fort ne détaille les mesures de soutien à prendre envers le débiteur, afin de s'assurer que sa dette sera exécutée. Il se borne à garantir que la dette couverte sera exécutée (schéma 3.2). Cette simplicité apparente impose toutefois de préciser davantage l'objet de le promesse du porte-fort d'exécution.

[1] Art. 1211 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »



332. L'**objet précis de la promesse du porte-fort d'exécution** impose de déterminer l'objet de l'exécution du débiteur : le promettant garantit-il l'exécution de son obligation par le débiteur ou l'exécution de la prestation par le débiteur ? Le risque assumé par le porte-fort (qui se traduira par le régime complexe des exceptions qu'il pourra invoquer) est bien différent dans les deux cas (schéma 3.3).



Le porte-fort d'*exécution de son obligation par le débiteur* signifie que le promettant ne garantit que l'obligation valide du débiteur. C'est le sens courant de la promesse du garant (qui sera retenu, au titre de l'intention probable des parties, si le contrat doit être interprété : art. 1188 c. civ.[1]). Sans autre précision, un porte-fort d'exécution garantit l'exécution de son obligation par le débiteur, si et dans la mesure où le débiteur est effectivement tenu envers le créancier. Techniquement, le promettant bénéficie de l'opposabilité des exceptions et sa garantie est accessoire à l'obligation du débiteur.

– Lorsque le porte-fort garantit une obligation valide (ni annulée, ni prescrite), limitée à ce que doit effectivement le débiteur au créancier, le garant pourra opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette. Si le local loué est vétuste, le locataire opposera (partiellement) l'exception d'inexécution au bailleur : le porte-fort d'exécution ne garantit pas l'exécution de la fraction manquante du

[1] Art. 1188 al. 1er c. civ. : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. » Anc. art. 1156 c. civ. : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

loyer. Le porte-fort garantit une dette bonne et loyale : la même que celle que garantit la caution, à quelques détails près.

– Les exceptions inhérentes à la dette, celles que le porte-fort peut opposer au créancier, sont celles de droit commun, tandis que la caution bénéficie d'un régime plus protecteur. En effet, la caution dispose du pouvoir (concurrent) d'invoquer des exceptions personnelles au débiteur, normalement soumise à son pouvoir exclusif : la caution peut invoquer l'exception de compensation ou de nullité relative (comme le vice du consentement dont est victime le débiteur : supra n°113). Faute de texte établissant une exception, le porte-fort ne le pourrait pas, du moins tant qu'elle n'est pas invoquée par le débiteur. En revanche, une fois invoquée par celui-ci, l'exception produit un effet objectif : le porte-fort opposera alors l'exception d'annulation de l'obligation (tout en garantissant l'obligation secondaire de restitution) ou l'effet produit par l'exception de compensation. La jurisprudence est attendue sur cette question.

Le porte-fort d'*exécution de la prestation par le débiteur* signifie que le promettant garantit que la prestation sera exécutée, sans égard à l'obligation qui pèse ou non sur le débiteur envers le créancier. Même si le débiteur ne doit pas, le porte-fort promet que le débiteur exécutera. Ce type d'engagement est plus dangereux pour le porte-fort : si le débiteur ne doit pas l'obligation, l'exécutera-t-il néanmoins ? Le risque assumé par le porte-fort est plus lourd, sauf pour lui à disposer d'un pouvoir d'influence sur le débiteur. Techniquement, le porte-fort ne bénéficie plus que de l'opposabilité des exceptions rattachées à la prestation.

– La garantie d'exécution d'une prestation est admise par la jurisprudence, en application de la liberté contractuelle dont disposent les parties. Seule compte l'exécution objective de la prestation.

– Selon Civ. 1ère, 25 janvier 2005[1], le porte-fort peut garantir le paiement du passif dans le cadre d'une cession d'entreprise, sans conditionner sa promesse au fait de savoir si le débiteur doit effectivement tout le passif (et renonce à son recours en remboursement contre tel débiteur).

[1] Civ. 1ère, 25 janv. 2005, n°01-15926, Bull. n°43 : « la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard ». Le porte-fort avait souscrit une garantie de passif au profit du créancier et avait renoncé à son recours contre le débiteur.

– Selon Civ. 1ère, 16 avril 2015[1], un fils peut se porter-fort du paiement de frais d'hospitalisation de sa mère, même quand le contrat d'hospitalisation est conclu sans le consentement de cette dernière, en raison de l'altération de son discernement.

– L'engagement du porte-fort devient alors indépendant de l'obligation due par le débiteur, encore qu'il faille préciser. La jurisprudence (Civ. 1ère, 25 janv. 2005[2] ; Com., 1er avril 2014[3]) a parlé de garantie indépendante de l'obligation que doit le débiteur, ce qui n'est que partiellement exact.

– Effectivement, le porte-fort ne peut pas invoquer les exceptions liées au vecteur de l'obligation. L'annulation de l'obligation pesant sur le débiteur, en raison du vice du consentement qu'il a commis ou du vice de forme qu'il a invoqué produit un effet objectif sur l'obligation (détruite). Le porte-fort assume ce risque envers le créancier : l'exception est rattachée au vecteur de l'obligation.

– En revanche, le porte-fort invoquera valablement, parmi les exceptions inhérentes à l'obligation, celle qui sont rattachées à la prestation. L'effet produit par un paiement partiel effectué par le débiteur ou par l'exception de compensation invoquée par le débiteur, voire même en présence d'une exception d'inexécution opposée par le débiteur, le porte-fort ne devra que la part manquante de la prestation. Le risque d'exécution de la prestation ne se réalise pas (en tout cas, pas complètement) : le porte-fort pourra opposer ce type d'exception au créancier. La garantie du porte-fort n'est donc pas indépendante de la prestation, même si elle l'est du vecteur de l'obligation.

Reste à qualifier précisément les exceptions, en les rattachant soit au vecteur, soit à la prestation. La chose n'est pas aisée : l'exception de

[1] Civ. 1ère, 16 avril 2015, n°14-13694, Bull. ; JCP E 2015.II.1237, note Nicolas Dissaux ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 15, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand ; revue Procédures 2015, comm. 182, note Yves Strickler, la RLDC 2015, n° 5871, note Elodie Pouliquen, la revue Contrats, conc. consom. 2015, comm. 167, note Laurent Leveneur, la RJDA 2015, n° 478, et la revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 75, note Emmanuel Netter.: (abstrat) « La promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard. » Le porte-fort s'était engagé car l'engagement était pris au profit d'une personne (incapable). Il s'agissait donc de couvrir le risque d'incapacité (dette principale nulle), le porte-fort cherchant à échapper à sa promesse en invoquant l'accessoire.

[2] Civ. 1ère, 25 janv. 2005, n°01-15926, préc. : « la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard (...) ».

[3] Com., 1er avril 2014, n°13-10.629, Bull. ; D. 2014, p. 1185 à 1188, note Bruno Dondero ; JCP 2014. 752, note Y. Dagorne-Labbé ; CCC 2014. Comm. 150, obs. L. Leveneur : « le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse, des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis »

prescription extinctive est-elle une exécution réputée effectuée (donc rattachée à la prestation, lorsque la prescription produit son effet légal) ou une déchéance de l'action en paiement (qui détruit le vecteur, donc l'obligation due par le débiteur, solution concevable puisque la prescription est suspendue quand le créancier est mineur) ? Le statut de l'exception d'annulation est incertain, lui aussi : faut-il distinguer selon les vices (attachés au consentement ou à l'objet de la prestation contractuelle, comme les clauses abusives) ?

L'objet précis de la promesse du porte-fort d'exécution impose donc de distinguer entre deux types de garantie, l'exécution de son obligation par le débiteur (selon la même formulation que celle employée à l'article 2322 c. civ.[1], dans la lettre d'intention) et l'exécution de la prestation par le débiteur. Le risque couvert par le porte-fort est différent : il inclut toutes les exceptions inhérentes à la dette dans un cas, uniquement celles rattachées à la prestation dans l'autre. Tout dépend de ce à quoi les parties ont consenti.

2/ Le consentement au contrat de porte-fort d'exécution

333. Le **consentement** au contrat (unilatéral) de porte-fort d'exécution obéit au droit commun du contrat. Les clauses du contrat de porte-fort conduiront les parties à fixer le risque garanti par le porte-fort : l'exécution de l'obligation par le débiteur ou l'exécution de la prestation par le débiteur.

L'*échange des consentements* est nécessaire : en pratique, l'offre émane du porte-fort, souvent une personne physique[2] (dirigeant de sarl, parent), laquelle précisera les termes de sa promesse, soit porte-fort d'exécution « de sa prestation » par le débiteur, soit porte-fort d'exécution « de son obligation » par le débiteur. Le contrat sera formé par l'acceptation du créancier, s'il juge que le porte-fort est suffisamment solvable.

Aucune mention manuscrite n'est imposée au promettant, personne physique. La jurisprudence a hésité[3], en raison du caractère unilatéral de ce contrat et des dispositions de l'article 1376 c. civ. imposant au débiteur de rédiger par lui-même le montant de son

[1] Art. 2322 c. civ. : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. »

[2] Civ. 1ère, 25 janv. 2005, n°01-15.926, Bull. n°43 (promesse de porte-fort souscrite par une personne physique).

[3] Com., 13 déc. 2005, n°03-19217, Bull. n°256 ; Defrénois, 2006, art. n°38345, p.414-424, observations Eric Savaux ; RTDCiv. 2006, p. 305-307, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages : la cour de cassation exige « une mention manuscrite de la part [du porte-fort] exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il avait de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite ». Voir aussi : Civ. 1ère, 15 mai 2008, n°06-806, Bull.

obligation de règlement. La jurisprudence (Com., 18 juin 2013[1]) décide que le promettant n'est pas tenu de préciser le montant de son obligation de règlement (qu'elle soit chiffrée ou illimitée).

– Le silence du contrat de porte-fort d'exécution signifie donc que le promettant (personne physique ou morale) s'engage à une obligation de règlement illimitée. La solution est logique car le promettant ne s'engage pas à payer directement le créancier. Le promettant fait le pari de l'exécution (soit de l'obligation, soit de la prestation). À proprement parler, on ne parlera d'un équivalent à l'obligation de règlement qu'en cas d'inexécution de la promesse (infra).

– Une clause explicite (dactylographiée ou manuscrite, peu importe) limitera le montant de l'obligation de règlement quand le promettant fixe (par une clause limitative de responsabilité) le montant maximal que le créancier pourra lui réclamer en cas d'inexécution.

Le consentement des parties au contrat de porte-fort d'exécution est donc acquis simplement. Ce contrat apparaît comme un contrat banal : son caractère unilatéral n'apparaît pas, en raison du type de promesse que donne le porte-fort. Il suffit d'identifier le fait promis.

334. Les **limitations de capacité et de pouvoir** (applicables au cautionnement) s'appliquent-elles au contrat de porte-fort d'exécution ? La jurisprudence manque sur ces questions.

On ignore si une personne morale qui se porte-fort doit obtenir l'accord des organes de contrôle de la société. Sachant que la chambre commerciale ne l'exige pas en présence d'une lettre d'intention (Com., 26 janv. 1999[2], supra n°323), on se doute qu'elle ne l'exigera pas davantage en présence d'un porte-fort d'exécution. Un raisonnement par analogie semble probable.

[1] Com., 18 juin 2013, n°12-18.890, Bull. ; D. 2013, p.1621, note Xavier Delpech ; revue Banque et droit, n° 150, juillet-août 2013, p.40-41, note Nicolas Rontchevsky ; RLDC 2013, n°5197, p.35 à 37, note Charles Gijsbers ; RLDC 2013, n°5230, p. 30 à 32, note Isabelle Riassetto ; Bulletin Joly Sociétés, 2013, n° 110h8, p. 540 à 542, note Jean-François Barbièri ; JCP G 2013, n°960, p. 1682 à 1684, note Géraud Mégret ; RDC 2014. 66, obs. A.-S. Barthez ; RTD civ. 2013, p.653, obs. P. Crocq, et 842, obs. H. Barbier ; Dr. et patr. févr. 2014. 65, obs. P. Dupichot ; RD banc. fin. 2013. Comm. 155, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal., n° 282-283, 9-10 octobre 2013, p.18-19, note Dimitri Houtcieff : (abstrat) « Il résulte de l'article 1120 [devenu 1204] du code civil que l'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que l'article 1326 [devenu 1376] du code civil ne lui est pas applicable. »

[2] Pour une lettre l'intention : Com., 26 janv. 1999, n°97-10003, Bull. n°31 : « (...) l'obligation souscrite n'était que de moyens ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une garantie au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 et ne nécessitait pas une autorisation préalable du conseil d'administration (...) »

On ignore également si le porte-fort, personne physique mariée, doit obtenir l'accord de son conjoint pour engager les biens communs (art. 1415 c. civ., comme en présence d'un cautionnement) ou si ce contrat est quelconque, de sorte qu'il peut engager seul les biens communs ordinaires, en exerçant son pouvoir concurrent (art. 1413 c. civ.). Aucune jurisprudence n'existe en présence d'une lettre d'intention. Il s'ensuit que les deux raisonnements, a contrario et par analogie, peuvent être menés (comme avec la lettre d'intention : supra, n°323). Pour rappel,

– le raisonnement par analogie (avec le cautionnement : art. 1415 c. civ.[1]) conduit à décider que l'époux qui s'engage seul n'engage que ses propres et ses revenus. Avec l'accord de son conjoint, tous les biens communs sont engagés (revenus des deux conjoints et biens communs ordinaires) ;

– le raisonnement a contrario conduit à décider que l'époux qui s'engage seul dans un contrat banal (ce que serait la lettre d'intention) engagerait ses propres, ses revenus et les biens communs ordinaires (art. 1413 c. civ.[2]), à l'exclusion des revenus de son conjoint (art. 1414 al. 1er c. civ.[3]). Il est probable que le raisonnement par analogie serait préféré par la première chambre civile, en raison de l'orientation traditionnelle de sa jurisprudence en faveur de la protection des personnes physiques.

Le droit de gage général du créancier, qui a contracté avec un porte-fort marié et qui s'est engagé seul, n'est donc pas connu avec précision.

(335- à 338. : réservés)

339. En somme, le **contrat de porte-fort d'exécution** se forme simplement, dès que la promesse du garant est suffisamment précise. Il s'engage selon deux modalités :

– le plus souvent, il promet l'*exécution de son obligation* par le débiteur. Le garant garantit une dette bonne et loyale. Cette promesse est proche de la lettre

[1] Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

[2] Art. 1413 c. civ. : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

[3] Art. 1414 al. 1er c. civ. : « Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. (...) »

d'intention, à de détail près que le porte-fort ne précise pas les mesures qu'il prendra (envers le débiteur) pour que le porte-fort puisse respecter sa promesse ;

– le porte-fort d'*exécution de la prestation* par le débiteur est une garantie par laquelle le garant renonce à invoquer les exceptions qui mettent en cause le lien personnel établi entre le débiteur et le créancier. Ce type d'engagement est évidemment nettement plus dangereux pour le garant.

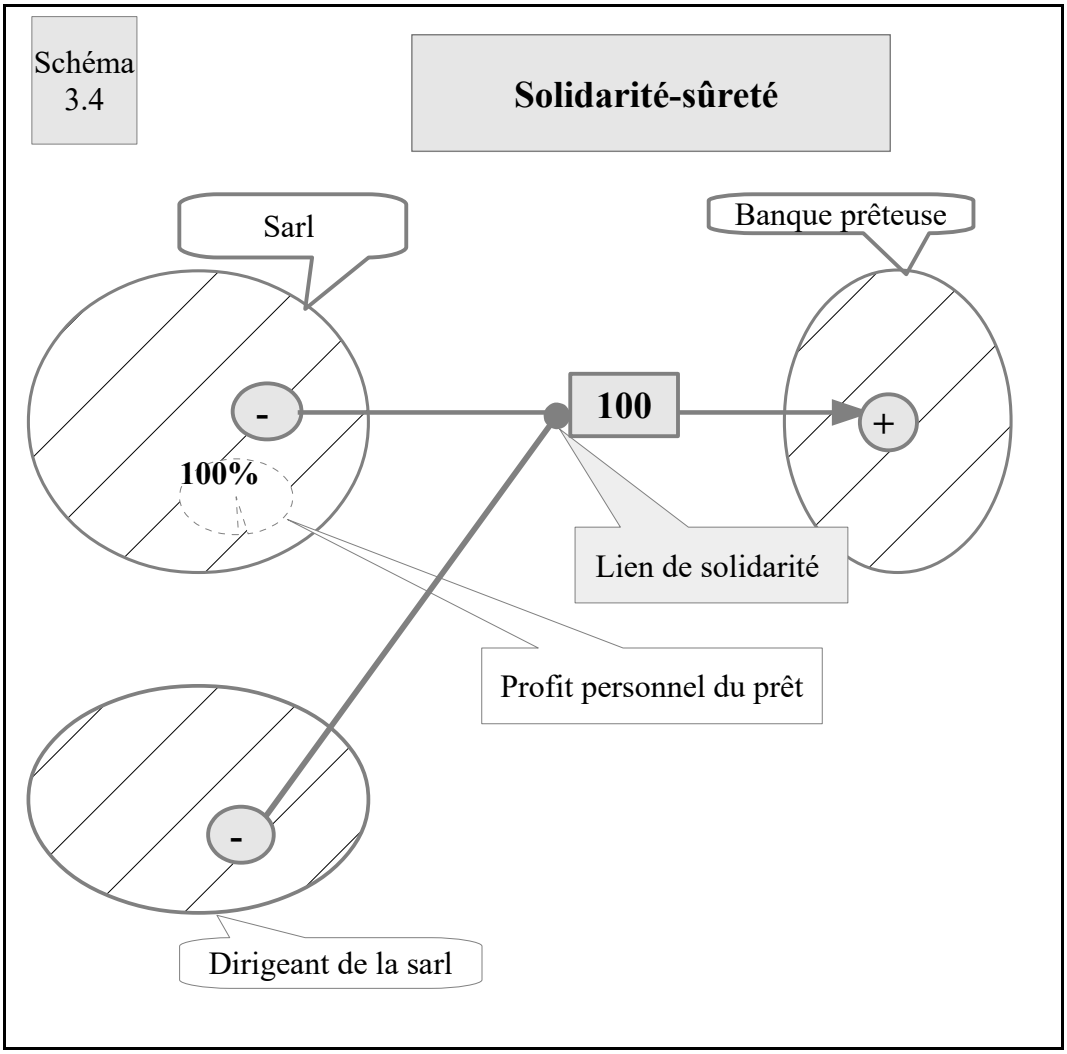
La formation du contrat de porte-fort d'exécution est banale. Aucune mention manuscrite, analogue à celles exigées dans le cautionnement, ne s'impose, même quand le porte-fort est une personne physique. On ignore, s'il est marié et s'il s'engage seul, la consistance exacte du droit de gage général du créancier.

La formation du contrat de porte-fort est donc notablement plus simple que celle du cautionnement, et même que celle de la lettre d'intention (qui impose de préciser les mesures de soutien). Un garant peut s'engager de manière encore plus simple.

III/ La solidarité-sûreté : *la promesse du coobligé*

340. La **solidarité-sûreté** résulte d'un engagement pris par le garant au même titre que le débiteur[1]. Prévue en régime général des obligations (art. 1310 et suiv. c. civ.), l'obligation solidaire (variété d'obligation à sujets multiples) impose à chaque codébiteur exécuter entièrement (sans division) la prestation au profit du créancier commun. Le codébiteur (tirant profit de la dette) et l'autre codébiteur (non intéressé à la dette) sont tenus pareillement, donc à titre principal (schéma 3.4). La solidarité-sûreté, admise en régime général des obligations, permet de garantir le créancier grâce à l'adjonction d'un patrimoine tiers qui garantira la bonne exécution de l'obligation.

[1] *Régime général de l'obligation*, n°125 et suiv.



La *validité d'un engagement de codébiteur non intéressé à la dette*[1] est admise de longue date, dans la loi comme dans la jurisprudence, par le régime général des obligations (art. 1310 et suiv. c. civ.) :

– On sait que la solidarité légale permet de sanctionner le manque de coopération avec l'État, à raison d'une dette qui doit peser, à titre définitif, sur le véritable débiteur[2]. Si, après réception d'une saisie administrative à tiers détenteur, la banque qui tient le compte du redevable de l'impôt ne verse pas au Trésor public le solde créditeur du compte bancaire de son client, la banque sera solidairement tenue de toute la dette fiscale (art. L 262.3 al. 3 livre proc. fisc.[3]).

[1] La doctrine parle parfois de codébiteur solidaire adjoint : D. R. Martin, *L'engagement de codébiteur solidaire adjoint*, RTD civ. 1994. 49 ; Jérôme François, *La qualification de l'engagement de codébiteur solidaire adjoint*, D. 2017 p.1689. Voir : M. Oury-Brulé, *L'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, LGDJ, 2002, préf. C. Ferry.

[2] *Régime général de l'obligation*, n°128

[3] Art. 262.3 al. 3 livre proc. fisc. : « Sous peine de se voir réclamer les sommes saisies majorées du taux d'intérêt légal, le tiers saisi, destinataire de la saisie administrative à tiers détenteur, est tenu de verser, aux lieu et place du redevable, dans les trente jours suivant la réception de la saisie, les fonds qu'il détient ou qu'il doit, à concurrence des sommes dues par ce dernier.

La banque devient un coobligé non intéressé à la dette. Cette mesure a toutefois été invalidée par le conseil constitutionnel (Cons. constit., 5 juin 2026[1]), solution de nature à priver le Trésor public d'une source majeure de revenus.

– La jurisprudence admet l'engagement de codébiteur « non intéressé à la dette » (Civ. 1ère, 17 novembre 1999[2]), conclu par une personne physique, lorsque le contrat a vocation, dès l'origine, à profiter exclusivement à un seul des codébiteurs ;

– L'hypothèse est également prévue à l'article 1318 c. civ.[3]. Selon ce texte, le codébiteur non intéressé à la dette (qui la paye entièrement) disposera d'un recours en remboursement intégral à l'encontre du codébiteur intéressé. Rien n'interdit donc qu'un emprunt, une location … soit conclu, dès l'origine, par un codébiteur n'ayant pas vocation à profiter personnellement de la dette.

– En présence d'une cession de dette sans décharge du débiteur originaire, le garant personnel qui consent à la reprise de dette, sera tenu en tant que coobligé[4] (art. 1327-2 c. civ.[5]).

Pour le créancier, la solidarité-sûreté est une garantie, car le créancier disposera désormais de deux patrimoines qui répondront, à titre principal, de l'exécution de la dette. La solidarité-sûreté permet de détruire ponctuellement (lors de la conclusion d'un contrat) l'écran que constitue la personnalité morale de la société de capitaux. Si une

« Pour les créances conditionnelles ou à terme, le tiers saisi est tenu de verser immédiatement les fonds lorsque ces créances deviennent exigibles.
« Le tiers saisi est tenu de déclarer immédiatement par tous moyens l'étendue de ses obligations à l'égard du redevable dans les conditions prévues à l'article L. 211-3 du code des procédures civiles d'exécution.
« Le tiers saisi qui s'abstient, sans motif légitime, de faire cette déclaration ou fait une déclaration inexacte ou mensongère peut être condamné, à la demande du créancier, au paiement des sommes dues à ce dernier, sans préjudice d'une condamnation à des dommages et intérêts. »

[1] Cons. constit., 5 juin 2026, n°2026-1203-QPC, *Société Maison Tirel* : « 9. Une telle mesure, qui a pour objet de réprimer le manquement du tiers saisi à son obligation de déclaration, constitue une sanction ayant le caractère d'une punition.
« 10. En permettant au juge de l'exécution de condamner le tiers saisi au paiement de l'intégralité des sommes dues par le redevable au créancier public, le législateur a, pour un simple manquement à une obligation déclarative, instauré une sanction dont le montant est sans lien avec le manquement réprimé et qui revêt un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de ce dernier.
« 11. Dès lors, (…) les dispositions contestées, qui méconnaissent le principe de proportionnalité des peines, doivent être déclarées contraires à la Constitution. »

[2] Civ. 1ère, 17 nov. 1999, n°97-16335, Bull. n°309 : « l'engagement de M. X... était donné "avec solidarité" ; (…) cet engagement constituait, non pas un cautionnement solidaire, mais un engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette ».

[3] Art. 1318 c. civ. : « Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui. »

[4] Manuella Bourassin, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2026, n°474, p.370 ; Maxime Julienne, *Régime général des obligations*, LGDJ, 4e éd., 2022, n°250.

[5] Art. 1327-2 c. civ., « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

banque octroie un crédit professionnel, le patrimoine personnel du dirigeant de la sarl sera entièrement engagé, au même titre celui de la sarl.

La spécificité de la solidarité-sûreté réside dans le fait que la garantie a le même objet que le contrat (1). Sa formation est acquise par une simple clause figurant dans le contrat (signé par les codébiteurs) (2).

340-1. Un arrêt isolé (Com., 23 oct. 2024[1]) semble refuser l'engagement du codébiteur non intéressé à la dette, au motif que l'engagement de ce dernier se serait engagé dépourvu de contrepartie (art. 1169 c. civ.[2]). En l'espèce, le bien loué (par la société) servait exclusivement aux besoins de la société, et non à ceux de son dirigeant, engagé comme codébiteur solidaire ; la société avait été liquidée, de sorte que le loueur agissait contre le dirigeant. L'engagement de ce dernier a été annulé : seule sa société était tenue, puisqu'elle seule avait vocation à obtenir le profit de la prestation. Cet arrêt (isolé) est aberrant : l'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette est admis par la loi et la jurisprudence[3], et rien n'indique dans l'arrêt une volonté de revirer (alors qu'une motivation enrichie se serait imposée dans ce cas de figure). Sauf à admettre l'hypothèse d'un arrêt idéologique[4].

1/ L'objet de la promesse du garant, coobligé solidaire

341. L'**objet de la promesse du garant, coobligé solidaire**, est exactement identique à celle du débiteur véritable (intéressé à la dette). L'un et l'autre deviennent interchangeables : la clause de solidarité vaut pour l'un comme pour l'autre, et les obligations couvertes dans le cadre du contrat le sont par l'un comme par l'autre.

La *clause de solidarité* prévue au contrat doit être explicite (art. 1310 c. civ. : « (…) elle ne se présume pas. »), afin d'écarter l'application du principe de l'obligation divisible (art. 1309 c. civ.).

– Lorsqu'elle est convenue, la clause de solidarité est une clause comme les autres du contrat, ce qui signifie que la solidarité durera tant que durera le contrat.

– En présence d'un contrat conclu à durée indéterminée (compte-joint, colocation), la solidarité sera donc convenue à durée indéterminée.

[1] Com., 23 octobre 2024, n°23-11.749, (n° 591 F-B), Bull. ; D. 2024 p. 2006 ; D. 2025, p.353, Antoine Hontebeyrie.
[2] Art. 1169 c. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »
[3] *Régime général de l'obligation*, n°128.
[4] Ce qui est l'occasion de se remémorer la phrase de Portalis, P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Videcoq, éd. 1827, t. 1, p. 482 : « si les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent les siècles des excès ».

La durée de la clause de solidarité est calquée sur celle du contrat, solution logique qui s'applique à toutes les clauses du contrat ;

– Une clause spécifique pourra prévoir que la solidarité aura une durée plus longue ou plus brève que le contrat. Cette durée sera plus longue, lorsqu'une clause du contrat de bail prévoit que « la solidarité continuera à produire ses effets "pendant une durée minimum de trois années" après la délivrance d'un congé par l'un des codébiteurs solidaires » (Civ. 3e, 12 janvier 2017[1]). Pendant cette durée, les loyers et les charges à échoir demeurent garantis par le colocataire ayant quitté le logement : ce dernier a ainsi intérêt à s'assurer de la fiabilité du nouvel entrant.

– La clause de solidarité n'est pas, techniquement, un accessoire de la dette, puisque codébiteur garantit l'exécution (intégrale) de l'obligation. Cette garantie a donc pour objet l'exécution de l'obligation, à la condition que l'obligation soit due et dans la mesure où l'est. Le codébiteur garant peut opposer au créancier les exceptions communes aux autres codébiteurs (art. 1315 al. 1er c. civ.[2]), à savoir les exceptions inhérentes à la dette (donnant à pouvoir concurrent) ainsi que les exceptions ayant pour effet de réduire la dette (donnant lieu à une exception, écartant le pouvoir exclusif du coobligé) (remise de dette, exception de compensation).

Les *dettes couvertes* par la solidarité sont celles du contrat. En présence d'un contrat à exécution successive, les dettes générées par l'un des coobligés solidaires deviennent celles des autres, puisque chacun d'eux dispose d'un pouvoir concurrent pour effectuer les actes de gestion ou de disposition conclus avec le créancier commun.

---

[1] Civ. 3e, 12 janvier 2017 n°16-10.324, Bull. ; D. 2017, somm., p.161, et p.430, note Sandrine Tisseyre ; Gaz. Pal. 2017, n°9, p.66, note Marine Parmentier : (abtrat) « Tous les copreneurs solidaires sont tenus au paiement des loyers et des charges jusqu'à l'extinction du bail. Ne constitue pas une clause abusive (…) la clause qui prévoit que, pour les colocataires, la solidarité continuera à produire ses effets "pendant une durée minimum de trois années" après la délivrance d'un congé par l'un d'entre eux ». Voir aussi : Com., 17 déc. 2003, n° 01-11198, inédit (« l'acte de cession du fonds de commerce de M. X... comportait une clause aux termes de laquelle celui-ci s'engageait à rester garant solidaire du cessionnaire pour le paiement des loyers et l'exécution de toute clause du bail pendant une durée de trois ans »).
Voir toutefois art. 8-1 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 : « VI. La solidarité d'un des colocataires et celle de la personne qui s'est portée caution pour lui prennent fin à la date d'effet du congé régulièrement délivré et lorsqu'un nouveau colocataire figure au bail. A défaut, (loi n°2015-990 du 6 août 2015) " elles s'éteignent " au plus tard à l'expiration d'un délai de six mois après la date d'effet du congé. »

[2] Art. 1315 c. civ. : « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. »

– Les dettes couvertes sont donc aussi bien présentes que futures ou éventuelles, et elles peuvent inclure un ensemble de dettes, conformément à la liberté contractuelle dont disposent les parties ;

– Les dettes sont couvertes, sans limitation de montant. Une banque (créancier commun) ajustera la dette à la capacité de remboursement de tous les coobligés (Civ. 1ère, 10 septembre 2015[1]) et elle ne commettra de faute que si le montant global de la dette excède les facultés cumulées de tous les codébiteurs solidaires. Il n'existera donc aucune proportion entre la fortune du coobligé solidaire adjoint et le montant de la dette (Com., 4 mai 2017[2]).

L'objet de la solidarité-sûreté consiste donc en un engagement pris par le garant au même titre que son désormais codébiteur. Le codébiteur (non intéressé) garantit l'exécution d'une dette bonne et loyale (d'où l'opposabilité des exceptions), et le régime de l'obligation solidaire s'applique à lui sans réserve. Pour rappel, l'acte émanant d'un seul engage les autres et l'information destinée à un seul est réputée connue des autres. *Un par tous, tous par un*. En conséquence,

– Le créancier peut réclamer un paiement intégral à l'un quelconque des coobligés. Selon l'article 1313 al. 2 c. civ. : « Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. ».

– Lorsque le créancier met en demeure l'un, il considère que tous les membres du groupe solidaire sont informés (art. 1314 c. civ.[3]). Le codébiteur non intéressé à la dette est ainsi réputé informé de la défaillance du débiteur intéressé (Com., 17 déc. 2003[4]) comme de la saisie du compte-joint (Civ. 2e, 7 juillet 2011 [5]).

[1] Civ. 1ère, 10 septembre 2015, n°14-18.851, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1836, note Valérie Avena-Robardet : (abstrat) « Le caractère adapté du prêt doit s'apprécier au regard des capacités de remboursement globales de coemprunteurs solidaires. » ;

[2] Com., 4 mai 2017, n°16-12.316, JCP E 2017.II.1315, note Dominique Legeais ; Gaz. Pal. 2017, n° 22, p. 67, note Sophie Moreil, et n° 23, p. 28, note Stéphane Piédelièvre ; RJDA 2017, n°492 : « Lorsqu'un emprunt est souscrit par plusieurs emprunteurs, l'existence d'un risque d'endettement excessif résultant de celui-ci doit s'apprécier au regard des capacités financières globales de ces coemprunteurs. » ; Com., 8 juin 2017, n°15-28438, Bull. ; Jérôme François, *La qualification de l'engagement de codébiteur solidaire adjoint*, D. 2017 p.1689.

[3] Art. 1314 c. civ. : « La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. »

[4] Com., 17 déc. 2003, n°01-11198, inédit, D. 2004, p.2035 à 2037, obs. V. Brémond : « la cour d'appel a relevé que [le créancier], qui n'avait souscrit aucune obligation d'information à l'égard [du codébiteur solidaire] (…) n'avait pas commis de faute à l'égard de M. X » (en ne l'informant pas de la défaillance du codébiteur intéressé à la dette).

[5] Civ. 2e, 7 juillet 2011, n°10-20.923 : « Le défaut de dénonciation de la saisie-attribution au cotitulaire d'un compte joint sur lequel porte la mesure d'exécution n'est pas susceptible d'entraîner la caducité de celle-ci ». L'information, légalement délivrée à l'un, est réputée l'être également à l'égard de l'autre.

341-1. En principe, aucune règle d'ordre public n'interdit l'obligation solidaire, lorsque le créancier peut obtenir un cautionnement[6]. Mais il existe des dispositions ponctuelles, écartant ou limitant la solidarité, de sorte que pourrait se développer, à l'avenir, un phénomène d'évitement de cette garantie au profit du porte-fort d'exécution notamment.

La première *limite* à la validité de l'obligation solidaire est établie en présence d'une location destinée à assurer la résidence principale d'une personne physique. La « cosignature » d'un ascendant ou descendant du locataire est interdite, si du moins la signature de l'ascendant (non intéressé à la dette) est antérieure à celle du colocataire (intéressé à la dette) (art. 22-2 al. 2 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation[2]). La cosignature semble viser l'engagement de codébiteur à la dette. Un bailleur prudent évitera donc de recourir à la colocation, et préférera une promesse d'intention ou de porte-fort.

Une seconde limite est issue du *droit des procédures collectives* : le débiteur professionnel en procédure collective, preneur du local et cédant du bail, ne peut pas être tenu solidairement avec le cessionnaire envers le bailleur (art. 641-12 al. 2 c. com.[3]) : la clause est réputée non écrite. Il s'agit ici d'éviter les engagement financiers trop lourds souscrits par le locataire en procédure collective : la garantie des loyers dus par le successeur est perçue comme une clause abusive.

En cas de *cession de bail commercial*, la solidarité entre le cédant (locataire initial) et le cessionnaire (locataire actuel) envers le bailleur est limitée dans sa durée (qui ne peut excéder trois ans[4]), et dans son fonctionnement : la garantie solidaire de passif fonctionne comme un cautionnement solidaire, puisque le bailleur est tenu d'informer le cédant de la défaillance du cessionnaire[5]. Le champ d'application de ces exigences semblent limité à la location-gérance d'un fonds de commerce (chap. 4, L art. 144-1 et suiv. c. com.).

---

[6] Clause de solidarité conclue au profit du bailleur dans un bail commercial : Com., 15 novembre 2017, n°16-19.131., Bull. ; revue Administrer, décembre 2017, p. 41, note Danielle Lipman-W. Boccara (validité de la clause de solidarité entre le cédant, preneur originaire, et le cessionnaire, nouveau locataire).

[2] Art. 22-2 de loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs (mod. par loi n°2014-366 du 24 mars 2014) : « La liste des pièces justificatives pouvant être exigées du candidat à la location ou de sa caution par le bailleur, préalablement à l'établissement du contrat de location, est définie par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de concertation.

« En préalable à l'établissement du contrat de location, le bailleur ne peut imposer la cosignature d'un ascendant ou d'un descendant du candidat à la location.

« Les manquements au présent article sont punis d'une amende administrative, prononcée par le représentant de l'Etat dans le département, dont le montant ne peut être supérieur à 3 000 € pour une personne physique et à 15 000 € pour une personne morale.

« Le montant de l'amende est proportionné à la gravité des faits constatés.

« L'amende ne peut être prononcée plus d'un an à compter de la constatation des faits.

« L'amende est prononcée après que l'intéressé a été informé de la possibilité de présenter ses observations dans un délai déterminé. »

[3] Art. L 641-12 al. 2 c. com. : « Le liquidateur peut céder le bail dans les conditions prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent. En ce cas, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite. »

[4] Art. L 145-16-2 c. com. : « Si la cession du bail commercial s'accompagne d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail. »

[5] Art. L 145-16-1 c. com. : « Si la cession du bail commercial est accompagnée d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, ce dernier informe le cédant de tout défaut de paiement du locataire dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée par celui-ci. »

2/ Le consentement du garant coobligé : *la signature du contrat*

342. Le **consentement** à la solidarité-sûreté est acquis simplement, par la signature du garant et par la présence d'une clause explicite imposant la solidarité. La solidarité-sûreté, contrairement aux autres sûretés personnelles, ne suppose donc pas la conclusion d'un contrat spécifique, conclu entre le créancier et le garant.

– Cette clause n'obéit à aucune condition de forme. Une clause dactylographiée[1] suffit donc. Aucune mention manuscrite n'est requise, lorsque le coobligé est une personne physique (Com., 8 juin 2017[2]).

– Le contrat conclu entre les coobligés solidaires, d'un côté, et le créancier commun de l'autre, étant le plus souvent synallagmatique, le garant (non intéressé) ne s'engage donc pas dans un contrat unilatéral qui imposerait de fixer le montant de l'obligation de règlement par une mention manuscrite (règle de preuve).

343. Les **limitations de capacité** (prévues en droit des sociétés) **et de pouvoir** (prévues en droit des régimes matrimoniaux) applicables aux sûretés personnelles (et spécialement au cautionnement) ne le sont pas aux engagements solidaires.

Comme la dette souscrite est quelconque, il n'est pas nécessaire d'obtenir une autorisation spéciale du conseil de surveillance pour que la personne morale contracte une obligation solidaire avec le codébiteur (intéressé à la dette).

L'époux (marié sous un régime communautaire) peut s'engager seul dans une obligation solidaire. L'accord du conjoint n'est pas requis pour que soit engagée la masse des biens communs ordinaires (art. 1413 c. civ.[3]) (à l'exclusion des revenus du conjoint non codébiteur[4]). Mais s'il s'engage comme coemprunteur, le droit de gage général du créancier sera modifié :

– L'époux qui contracte seul un co-emprunt solidaire n'engage que ses revenus et ses propres (art. 1415 c. civ.[5]). L'époux, dirigeant de sarl, qui s'engage

[1] Civ. 1ère, 17 nov. 1999, n°97-16335, Bull. n°309 ; Com., 8 fév. 2005, n°02-16967, Dalloz 2005, cah. Dr. Aff., A.J., p.771

[2] Com., 8 juin 2017, n°15-28438, Bull. ; Jérôme François, *La qualification de l'engagement de codébiteur solidaire adjoint*, D. 2017 p.1689.

[3] Art. 1413 c. civ. : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

[4] Art. 1414 al. 1er c. civ. : « Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. »

[5] Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce

seul en tant que coemprunteur engage la même masse de biens que celle qu'il engagera en se portant seul caution ;

– L'accord de son conjoint au co-emprunt conduira à une extension du droit de gage général du créancier : les revenus des deux conjoints et leur biens communs ordinaires (ainsi que les propres de l'époux coemprunteur) sont alors engagés ;

– Si le conjoint s'engage également comme coemprunteur solidaire, le droit de gage général du créancier inclut tous les biens des époux.

Le consentement à la solidarité-sûreté est donc soumis aux règles régissant la formation d'un contrat quelconque, sans égard à la fonction de sûreté que remplit la solidarité. Le régime applicable à cette garantie principale est, purement et simplement, celui de l'obligation solidaire, sans aucune réserve.

344. La **solidarité-sûreté** résulte donc d'un engagement pris par le codébiteur (non intéressé à la dette) envers un créancier, destiné à garantir le paiement de toutes les dettes générées par le contrat. Ce type d'engagement, souvent souscrit par un dirigeant de sarl afin de garantir les crédits professionnels octroyés par une banque, est une promesse d'exécution crédible et formée simplement.

Le dirigeant de sarl signe une première fois, en tant que représentant de la sarl, et une seconde fois, en tant que personne privée, le contrat contenant une clause explicite (dactylographiée) de solidarité. En tant que personne privée, le codébiteur (non intéressé à la dette) sera averti du montant et de l'échéance des engagements pris au profit de la sarl.

La promesse d'exécution à échéance apparaît comme une garantie crédible pour le créancier. Si la sarl ne dispose pas des ressources pour payer, son dirigeant honorera son engagement en prélevant les fonds sur sa fortune personnelle (ou en effectuant un virement sur le compte de la société, afin qu'il soit suffisamment provisionné).

(345- à 348. : réservés)

Conclusion §1er/ La formation des garanties principales

349. La **formation des garanties principales** est régie par le droit commun des

cas, n'engage pas ses biens propres. »

contrats : dès lors que le consentement des parties porte sur un objet précis, le contrat instaurant une garantie principale est parfaitement conclu.

Le *consentement des parties* est acquis par la signature spécifique d'un contrat (lettre d'intention ou porte-fort d'exécution) ou même plus simplement, par la seule signature du contrat principal (conclu par le codébiteur solidaire non intéressé à la dette). Aucune mention manuscrite n'est requise. Quelques points obscurs demeurent :

- Le garant, personne morale, est engagé souvent simplement, par le contrat conclu par le dirigeant (organe de direction), sans avoir nécessairement l'autorisation de l'organe de contrôle. La solution est acquise en jurisprudence en présence d'une lettre d'intention. Elle est probable (par analogie) en présence d'un porte-fort d'exécution (similaire à la lettre d'intention) et en présence d'une obligation solidaire (qui est effectivement un contrat quelconque).
- Lorsque le garant, personne physique mariée sous un régime communautaire, s'engage seul, le droit de gage général du créancier donne lieu à des incertitudes. L'obligation solidaire est un contrat banal ; le porte-fort d'exécution (ainsi que la lettre d'intention) pourrait être soumis à un régime similaire au cautionnement.

L'*objet de la garantie* est fixé librement par les parties, qui disposent en la matière d'une liberté contractuelle étendue. Trois ou quatre types de garanties sont prévues :

- Dans la lettre d'intention, le promettant garantit que le débiteur ne sera pas défaillant car, s'il traverse des difficultés, il apportera son soutien. Le paiement à échéance est donc garanti.
- Dans le contrat de porte-fort d'exécution, le promettant garantit que l'exécution de l'obligation du débiteur aura lieu, sans préciser comment il compte s'assurer que cette promesse sera tenue. Si le promettant veut tenir sa promesse, il fera donc le nécessaire pour que le paiement à échéance ait lieu. Éventuellement, le promettant peut également promettre que l'exécution de la prestation aura lieu, que l'obligation soit due ou non par le débiteur. Là encore, comme l'exécution par le débiteur est promise, ce dernier ne sera pas défaillant.
- Dans la solidarité-sûreté, le codébiteur non intéressé à la dette est personnellement tenu d'exécuter la dette au même titre que le codébiteur intéressé à la dette. Le codébiteur garant promet qu'il s'acquittera

personnellement de la dette : le créancier sera donc payé, avant même que le désormais codébiteur (profitant de la dette) puisse être défaillant.

La variété des contrats conclus présente donc un point commun constant : le garant principal promet que le débiteur n'aura pas l'occasion d'être défaillant, parce que le paiement (volontaire) de la dette aura lieu à échéance. La promesse de « soutien » (lettre d'intention), d'« exécution de l'obligation » (porte-fort) ou de l'obligation solidaire conduiront au paiement des dettes couvertes, sans que le créancier n'ait jamais (comme dans le cautionnement) l'occasion d'envoyer une mise en demeure ni au garant, ni au débiteur. Comme l'aléa de la défaillance est supprimé par la promesse, le créancier n'a nul besoin de solliciter un cautionnement, qui couvre un risque d'impayé plus tardif et donc moins étendu.

§2ème/ L'exécution des garanties principales

350. L'**exécution des garanties principales** aura lieu, comme toutes les sûretés personnelles, en deux temps :

- si le débiteur n'exécute pas son obligation (ou sa prestation), le créancier impayé exercera une action en paiement contre le garant, afin d'obtenir un paiement de substitution ;
- le garant principal, dans un deuxième temps, exercera un recours en remboursement contre le débiteur (ou, plus exactement, contre celui qui a été enrichi par le paiement du garant).

Le paiement de substitution que devra le garant sera déclenché par l'*inexécution du débiteur*, laquelle signale que le garant principal n'a pas respecté sa promesse. Il engagera alors sa responsabilité (contractuelle) envers le créancier : les dommages-intérêts représenteront le paiement de substitution dû au créancier, et ce dernier obtiendra « plus ou moins » ce que devait le débiteur (véritable). C'est une première différence avec le cautionnement, dans lequel la caution ne paye que ce que doit le débiteur défaillant.

Le régime du *recours en remboursement* exercé par le garant, notamment celui exercé contre le débiteur, est soumis au droit commun. Afin d'éviter un appauvrissement injustifié du garant, le débiteur devra rembourser les sommes versées au titre du soutien

et les dommages-intérêts que le garant a versés au créancier : le montant des sommes à récupérer par le garant pourra donc être nettement supérieur à celui que la caution a vocation à récupérer dans le cadre de ses recours. C'est une seconde différence avec le cautionnement.

L'exécution en deux temps des garanties principales obéit donc à un régime qui présente des spécificités par rapport au cautionnement. Le montant réclamé par le créancier, lorsqu'il exerce une action en paiement exercée contre le garant principal (I), n'est pas exactement le même que celui qu'un créancier pourrait réclamer à une caution. En conséquence, le régime du recours en remboursement exercé par le garant (II) présentera, lui aussi, certaines spécificités.

I/ L'action en paiement exercée par le créancier contre le garant principal

351. L'**action en paiement exercée par le créancier contre le garant principal** sera déclenchée par l'inexécution du débiteur. La promesse du garant n'est alors pas tenue, de sorte qu'il engagera sa responsabilité contractuelle envers le créancier.

La *condition suspensive*, propre à toutes les sûretés personnelles, prévue dans les garanties principales possède une singularité par rapport aux autres sûretés personnelles.

- Comme toutes les sûretés personnelles, la garantie principale sera latente, tant que le risque couvert par le garant ne se réalise pas (condition suspensive pendante). Peu importe comment le risque est défini (crainte d'impayé, impayé objectif, défaillance actée du débiteur). Tant que le débiteur n'éprouve aucune difficulté à exécuter correctement ses obligations, la garantie reste latente.
- Mais, pour exécuter correctement ses obligations, il sera parfois nécessaire ou utile que le garant principal lui injecte des fonds. L'exécution de la promesse du garant principal pourra avoir lieu, sans que le créancier ne soit au courant de cette intervention du garant. Le caractère principal de la garantie apparaît alors dans sa spécificité : le garant exécute, directement (en tant que coobligé : solidarité-sûreté) ou indirectement (en soutenant le débiteur : lettre d'intention), la prestation principale au profit du créancier. Ce dernier n'est pas confronté à un impayé : la promesse est exécutée, et la garantie n'est pas déclenchée (par lui).

En revanche, lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation (ou sa prestation : porte-fort d'exécution de la prestation, supra), le créancier exercera une action en paiement contre le garant, afin d'obtenir un paiement de substitution. Le montant des dommages-intérêts réclamés au garant correspondra alors « plus ou moins » à l'inexécution du débiteur, du moins lorsque la force obligatoire de la garantie principale est respectée. Mais elle ne l'est pas toujours : le législateur a instauré une exception, en droit de la faillite (droit des procédures collectives).

L'action en paiement exercée par le créancier contre le garant sera donc déclenchée par l'inexécution du débiteur (1), sauf exception prévue en droit des procédures collectives (2).

1/ La responsabilité contractuelle du garant : *le déclenchement de la garantie par le créancier*

352. La **responsabilité contractuelle du garant** sera engagée en cas d'inexécution de sa promesse, c-à-d. lorsque le débiteur n'a pas exécuté à échéance l'obligation, puisque c'est ce risque que couvre le garant. La doctrine parle alors de garantie « indemnitaire »[1]. Dès lors que le garant n'est pas en mesure d'invoquer valablement une exception (supra), l'inexécution de sa promesse lui sera imputée de plein droit (art. 1231-1 c. civ.[2]). Ce régime commun aux trois garanties principales impose toutefois de distinguer entre la solidarité-sûreté d'un côté, et les promesses d'intention ou de porte-fort de l'autre, car le montant des dommages-et-intérêts dus au créancier (ce qui correspond à l'obligation de règlement de la caution) sera différent.

Dans l'*obligation solidaire*, l'engagement du garant solidaire n'est pas accessoire : il doit exactement ce que doit un autre codébiteur, ni plus, ni moins.

– L'inexécution d'un codébiteur vaut inexécution des autres codébiteurs. On sait (supra n°341) que la mise en demeure adressée à l'un vaut à l'égard des autres, de sorte que tous doivent alors les intérêts de retard (art. 1314 c. civ.[3]). Les codébiteurs sont tenus dans les mêmes envers le créancier commun : la

[1] Philippe Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, LexisNexis, 2015, 5e ed., n°38 ; Manuella Bourassin, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2026, n°482, p.361 : « Les sûretés personnelles indemnitaires sont structurées autour d'un rapport juridique, adjoint à une obligation principale, dont la finalité réside dans la bonne exécution de celle-ci et dont la sanction consiste dans l'indemnisation des conséquences préjudiciables subies par le créancier à la suite de l'inexécution par le débiteur de la prestation due ».

[2] Art. 1231-1 c. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

[3] Art. 1314 c. civ. : « La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. »

responsabilité personnelle du garant est rigoureusement identique à celle du codébiteur intéressé (art. 1319 c. civ.[1] : « Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. »).

– Aucune clause spécifique ne permet au garant solidaire de verser un montant différent de celui de son coobligé. Dans le silence du contrat, les dommages-intérêts prévisibles sont dus au créancier ; si une clause pénale ou une clause limitative de responsabilité est valablement convenue, le créancier aura droit au versement des dommages-et-intérêts prévus.

En présence d'une *promesse d'intention ou de porte-fort*, le caractère principal de la garantie permet au créancier d'obtenir des dommages-et-intérêts qui correspondront environ à ce que lui doit le débiteur (auteur d'une inexécution) (schéma 3.5).

– Le régime applicable à l'inexécution de la promesse n'est pas celui applicable à l'inexécution du débiteur. La responsabilité personnelle du promettant d'intention[2] ou du porte-fort d'exécution (de l'obligation) est régie par les dispositions propres du contrat conclu entre le garant et le créancier.

– Le garant devra fréquemment un montant supérieur à celui dû par le débiteur (ce qui est interdit dans le cautionnement : art. 2296 c. civ.[3]). Le garant doit « plus ou moins »[4] que ce que le débiteur doit.

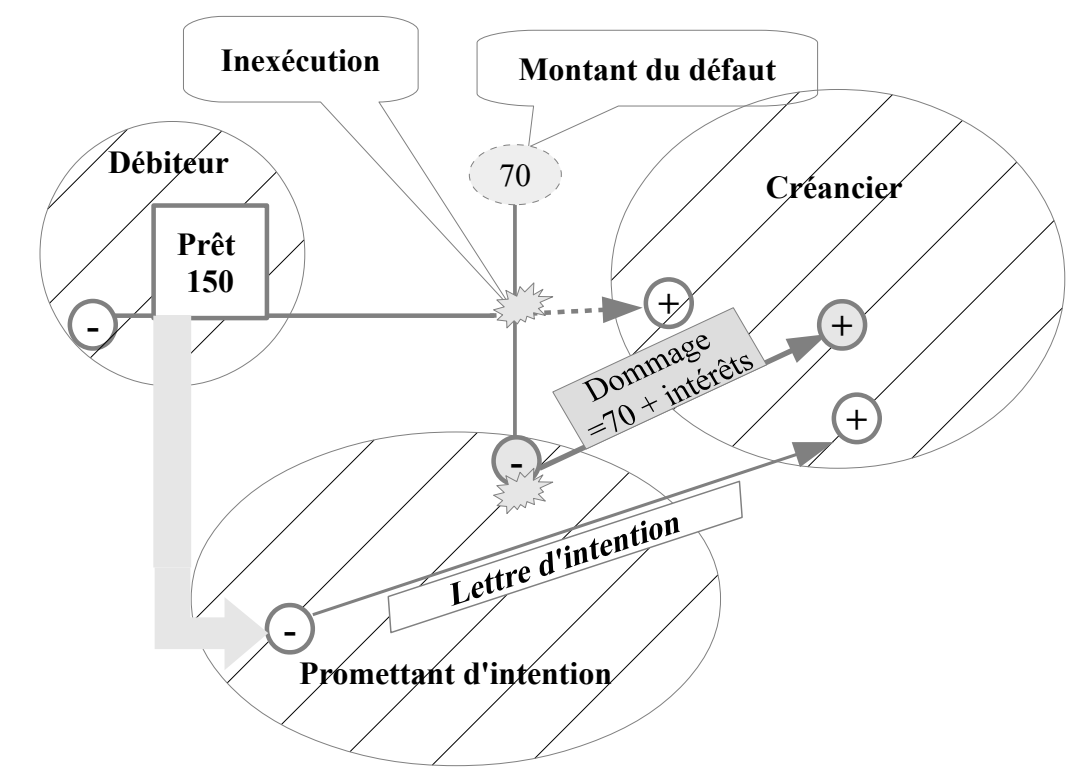
[1] Art. 1319 c. civ. : « Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable. »

[2] L'article 2322 c. civ. (« La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. ») ne précise pas la sanction de l'irrespect de sa promesse par le promettant : ce sera la responsabilité de droit commun.

[3] Art. 2296 c. civ. : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie.
« Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. »

[4] Philippe Simler, note sous Com., 13 déc. 2005, n°03-19217, Bull. ; JCP G 2006.I.131, n°12 : « Le préjudice peut, selon les circonstances, être inférieur ou supérieur à la prestation due par le débiteur. »

Schéma 3.5



– Techniquement, le dommage[1] correspond au montant de l'inexécution du débiteur (capital, intérêts et frais accessoires liés à sa défaillance[2] inclus) ; les intérêts (de retard) qui pèsent spécifiquement sur le promettant (et non sur le débiteur) sont dus à compter de la mise en demeure du promettant (qui ne correspond pas nécessairement à celle du débiteur). Tels sont les dommages-intérêts prévisibles (art. 1231-2 c. civ.[3]) : le promettant doit alors un peu plus que le débiteur.

– Si une clause pénale ou limitative de responsabilité a été (valablement) conclue, le promettant devra « plus ou moins » ce que doit le débiteur. Plus en cas de clause pénale, moins en cas de clause limitative de responsabilité, puisque les dommages-et-intérêts sont alors prévus (art. 1231-5 al. 1er c. civ.[4]).

[1] Com., 9 juillet 2002, n°1414 P, PA 2002, n°1-2, p.11 à 14, note D. Gibirila
[2] Civ. 1ère, 25 janv. 2005, n°01-15926, à propos d'une promesse de porte-fort : le porte-fort est tenu de « faire face aux remboursements en capital, intérêts et accessoires ».
[3] Art. 1231-2 c. civ. :« Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »
[4] Art. 1231-5 al. 1er c. civ. : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. »

352-1. Le montant des dommages-intérêts dus par le **porte-fort d'exécution, quand il garantit l'exécution de la prestation** par le débiteur, pourra être très différent du montant que doit (ou non) le débiteur au créancier. On sait que le débiteur peut invoquer de exceptions rattachées au vecteur de l'obligation, ce que ne peut pas le porte-fort d'exécution. Le porte-fort sera tenu de l'entier montant de la prestation, même lorsque le débiteur ne doit rien.

La question de l'éventuel recours en remboursement du porte-fort contre le pseudo-débiteur (quand il tire profit de la prestation : Civ. 1ère, 16 avril 2015[1]) ou contre un tiers, au titre de l'enrichissement injustifié, est entièrement distincte (infra).

353. En présence d'une garantie principale, l'**impayé du débiteur** impose au garant de payer soit exactement ce que doit son codébiteur (solidarité-sûreté), soit « plus ou moins » ce que doit le débiteur, auteur d'une inexécution (lettre d'intention et porte-fort). Les dommages-et-intérêts correspondent alors à peu près à l'obligation de règlement de la caution, mais quelques détails retiennent l'attention :

– Premièrement, dans les trois garanties, le garant n'est pas spécifiquement informé de l'inexécution du débiteur. Il est réputé l'être quand le créancier réclame paiement au codébiteur solidaire. Le promettant d'intention doit s'informer de la nécessité de son soutien au débiteur. Le porte-fort d'exécution se tiendra informé de l'exécution, s'il juge cette précaution utile à l'exécution correcte de sa promesse. L'absence d'information sur la défaillance signifie que les intérêts de retard dus par le débiteur sont couverts par le garant, quel que soit leur montant.

– Deuxièmement, le montant des dommages-intérêts dus spécifiquement par le porte-fort d'exécution[2] (art. 1204 al. 2 c. civ.[3]) et le promettant d'intention (art. 2322 c. civ.) peut excéder le montant dû par le débiteur (ou le codébiteur), par la caution ou le coobligé.

Le créancier a donc intérêt à obtenir le bénéfice d'une garantie principale, puisque, premièrement, le montant obtenu est supérieur à ce qu'il obtiendrait de la part d'une caution, et deuxièmement, parce que le déclencheur est également plus précoce, dès l'impayé du débiteur (sans attendre la défaillance du débiteur, non régularisée, date à

[1] Civ. 1ère, 16 avril 2015, n°14-13694, préc.

[2] Civ. 1ère, 7 mars 2018, n°15-21.244, Bull. ; JCP 2018, éd. S, Act., n° 99, et II, 1165, note Gwennhaël François ; JCP 2018, éd. E., Act., n° 277 ; RLDC 2018, n° 6425, p. 4, note Pauline Fleury : « l'inexécution de la promesse de porte-fort ne peut être sanctionnée que par la condamnation de son auteur à des dommages-intérêts ».

[3] Art. 1204 c. civ. : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.

« Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. »

laquelle la caution doit être informée). Mais il existe une limite, d'ailleurs commune au cautionnement.

2/ La sauvegarde du débiteur professionnel : *le blocage du déclencheur envers le garant personne physique*

354. La **sauvegarde du débiteur professionnel**, procédure déclenchée avant la défaillance proprement dite, interdit au créancier de déclencher sa garantie envers un garant personnel personne physique. Celui-ci, comme tout autre garant personne physique, peut invoquer envers le créancier le plan (étalant les paiements). Le déclencheur de la garantie est bloqué.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde est opposable par tout *garant, personne physique*[1]. Le législateur estime que le garant, personne physique, est le dirigeant de la société. La mesure, destinée à inciter le dirigeant de société à anticiper les difficultés, lui permet de ne pas perdre immédiatement l'entièreté de sa fortune et de ses revenus. L'obligation garantie est modifiée, et tant que le débiteur en sauvegarde respecte le plan, le garant, personne physique, échappe à toute poursuite par le créancier (art. 626-11 c. com.[2]). L'exception ne veut qu'en présence d'un plan de sauvegarde, et qu'en présence d'un garant personne physique.

– En cas de redressement[3] ou liquidation judiciaires, le dirigeant de société a trop attendu. Le garant, personne physique devra payer immédiatement, sans bénéficier des délais imposés par le tribunal.

– En présence d'une procédure de conciliation[4], le créancier accepte de lui-même l'étalement d'une dette, les intérêts n'étant pas suspendus : son bénéfice

[1] Art. L 628-22 c. com. : « Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous les intérêts de retard et majorations (...). Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (...) peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. »

[2] Le jugement arrêtant le plan (de sauvegarde), lequel « *définit les modalités de règlement du passif* » (art. 626-2 al.2 c. com.) rend le plan opposable à tous (art. 626-11 c. com.) : « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.
« A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir. »

[3] Art. L 631-14 in fine c. com. : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28. »

[4] Au cours de la période de prévention, le débiteur éprouve une « difficulté », prévisible ou avérée, laquelle peut consister en une cessation des paiements depuis moins de 45 jours (art. 611-4). Afin de résoudre cette « difficulté », les principaux créanciers peuvent ou non conclure un accord avec le débiteur.
La cessation des paiements est définie par l'article 631-1 c. com. : « […] tout débiteur (…) qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements »

est opposable par le garant, personne physique ou morale (art. 611-10-2 c. com.[1]).

– Lorsque le débiteur en sauvegarde est garanti par une *personne morale*, les délais octroyés par le tribunal ne sont pas opposables par le garant (ni par la caution). La solution est logique : le dirigeant du débiteur professionnel ne craint pas de perdre l'actif figurant dans son patrimoine personnel.

Le créancier, garanti par un cautionnement, une garantie principale ou toute autre sûreté personnelle, est soumis à un régime identique : son action est ralentie contre le garant, personne physique, quel que soit le risque juridique officiellement garanti.

(355- à 358. : réservés)

Conclusion I/ L'action en paiement exercée par le créancier contre le garant principal

359. L'**action en paiement exercée par le créancier contre le garant principal** est systématiquement plus efficace que celle dirigée contre la caution.

Le créancier peut déclencher sa garantie dès que le risque couvert survient, à savoir dès l'inexécution du débiteur. Le *déclencheur* est donc plus précoce que celui du cautionnement : le créancier n'a pas à attendre que la défaillance du débiteur soit actée, puis à informer la caution.

Le créancier peut réclamer tout ce que doit le débiteur, à savoir le capital et les intérêts dès qu'ils échoient (solidarité-sûreté), et éventuellement davantage (en présence d'une lettre d'intention ou d'un porte-fort d'exécution). Le *montant* qu'obtient le créancier est donc légèrement supérieur à celui qu'il obtiendrait en présence d'un cautionnement : les intérêts ne sont dus qu'une fois la caution informée de la défaillance du débiteur.

Le régime spécifique de l'action en paiement exercée par le créancier produit une conséquence indirecte, une fois que le garant a payé ce qu'il doit au créancier. Le recours en remboursement exercé par le garant est moins favorable que celui dont dispose la caution.

[1] Art. 611-10-2 c. com. : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (...) peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué. ».

II/ Le recours en remboursement exercé par le garant : *la charge définitive ou provisoire de la dette*

360. Le **recours en remboursement exercé par le garant** permet à celui qui a payé la dette d'autrui d'obtenir un remboursement de la part de celui ou ceux qui sont enrichis par son paiement.

- En présence d'une garantie personnelle, le véritable débiteur est celui qui est normalement enrichi par le paiement du garant : c'est sur celui-là que doit peser la charge définitive de la dette.
- En présence d'une pluralité de garants (hypothèse qui n'est pas rare en présence d'une obligation solidaire), le garant solvens (qui a payé seul le créancier) disposera d'un recours en remboursement contre les autres garants, en attendant que le débiteur véritable finisse par rembourser sa dette (si cela est encore envisageable). La charge provisoire de la dette sera répartie entre les garants, et, si l'un d'eux est insolvable, les autres se répartiront entre eux la charge de la dette. Selon l'article 1317 al. 3 c. civ., « Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement (…) ». La part du codébiteur non intéressé et insolvable sera prise en charge par les autres codébiteurs (non intéressés et solvables : supra n°279).

Le régime du recours en remboursement exercé par le garant contre le débiteur obéit aux règles fixées en régime général des obligations. Il s'agit de permettre au patrimoine appauvri (celui du garant) d'obtenir une restitution de la part de l'enrichi, à la mesure de l'enrichissement. Il en résulte deux conséquences :

Premièrement, le garant ne bénéficie que d'un recours personnel (1) : il ne bénéficie jamais du recours subrogatoire. Le régime de son recours est donc moins favorable que celui exercé par la caution.

Deuxièmement, le montant de ce recours en remboursement (2) ne correspond pas toujours au montant total que le garant a dû verser au créancier.

1/ Le seul recours personnel : *l'enrichissement injustifié, sauf contrat spécifique*

361. Le recours du garant est **uniquement personnel**. Le garant solvens ne dispose jamais du recours subrogatoire. La jurisprudence est clairement fixée en présence d'une

lettre d'intention (Civ. 1ère, 25 janv. 2005, préc.[1]) et d'une obligation solidaire (Com., 17 déc. 2003[2]). Le garant risque donc d'être confronté à un débiteur insolvable : ce n'est pas un problème pour le créancier, et si s'en est un pour le garant, il devra conclure un contrat adéquat avec le débiteur.

Le créancier *ne transmet pas la sûreté réelle* éventuellement détenue sur le débiteur. La sûreté réelle détenue sur le codébiteur disparaît, par voie accessoire, après le paiement effectué par le garant solidaire.

– Le créancier indemnisé par le garant au titre de sa promesse non tenue (puisque le débiteur est l'auteur d'une inexécution) ne transmet pas son titre de créance, lorsqu'il obtient un paiement de substitution. Il n'y a donc aucune subrogation, ni légale, ni contractuelle.

– Le créancier ne peut donc pas subir de déchéance, pour privation du recours subrogatoire (exclusion de l'application de l'art. 2314 c. civ.). Or, on sait que la jurisprudence est particulièrement protectrice des intérêts de la caution, en la matière : la caution peut s'attendre à la prise d'une sûreté réelle courante sur le débiteur. Le créancier muni d'une garantie principale échappe à ce risque juridique, qui n'est pas léger.

Le recours personnel exercé par le garant étant systématiquement moins efficace que le recours subrogatoire, puisque soumis au droit commun du paiement, le garant pourra songer à conclure un *contrat spécifique* avec le débiteur pour lui imposer un remboursement rapide et/ou efficace.

– Le contrat conclu entre le garant et le débiteur (comme en présence d'un sous-cautionnement : art. 2291-1 c. civ.[3], supra n°103) pourra prévoir le montant du recours (incluant des frais), son moment (dès le versement effectué par le garant) ou ses modalités (si une sûreté réelle, destinée à remplacer l'absence du recours subrogatoire, est constituée sur le débiteur véritable).

– En pratique, la conclusion d'un tel contrat est probable en présence d'une lettre d'intention (parce que le promettant est fréquemment une société-mère),

[1] Civ. 1ère, 25 janv. 2005, n°01-15926 : le pourvoi, rejeté, reprochait à la cour d'appel d'avoir refusé « de rechercher préalablement (… .) si l'engagement (…) de renoncer à tout recours contre les débiteurs principaux avaient été valablement contracté ».

[2] Com., 17 déc. 2003, n°01-11198, préc. : la clause de solidarité « avait pour effet de rendre le cédant, partie au contrat de bail (…), codébiteur solidaire de son cessionnaire », la cour d'appel « en a déduit, à bon droit, que M. X..., qui n'était pas caution, ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 2037 [2314] du Code civil ».

[3] Art. 2291-1 c. civ. : « Le sous-cautionnement est le contrat par lequel une personne s'oblige envers la caution à lui payer ce que peut lui devoir le débiteur à raison du cautionnement. »

très improbable, en revanche, lorsqu'une personne physique s'engage (dans une obligation solidaire ou un porte-fort d'exécution).

Le seul recours personnel dont dispose le garant contre le débiteur impose donc au garant de veiller à protéger ses intérêts, s'il le juge utile. Son intérêt, en la matière, est accru par le fait que le montant qu'il s'engage à verser au créancier est fréquemment supérieur à celui qui pèsera sur une caution.

2/ Le montant du recours en remboursement exercé contre le débiteur : *« plus ou moins » ce que le garant a versé au créancier*

362. Le **montant du recours en remboursement exercé contre le débiteur** dépend du profit final du paiement effectué par le garant. Le type de garantie personnelle contractée par le garant exerce une influence déterminante sur le montant payé au créancier (supra) et donc aussi sur le montant du remboursement dû par le débiteur.

En présence d'une *obligation solidaire*, le recours en remboursement exercé par le garant solidaire est intégral :

– il correspond exactement au montant payé au créancier, puisque le codébiteur intéressé bénéficie du profit final du paiement du principal (art. 1318 c. civ.[1]), ainsi que celui des intérêts (art. 1319 c. civ.[2] : « La charge [des dommages-intérêts] en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable. »).

– les intérêts de retard, dus en présence d'une mise en demeure adressée à l'un quelconque des coobligés, sont dus sans qu'une information n'ait à être délivrée par le créancier au coobligé garant (Com., 17 déc. 2003[3], supra n°341).

En présence d'une *lettre d'intention, voire d'un porte-fort d'exécution*, deux paramètres spécifiques doivent être pris en compte. Le montant que le débiteur doit rembourser inclut les sommes versées au titre du soutien, déduction faite des versements qui ne l'ont pas enrichi.

– Premièrement, le promettant a pu verser des fonds au débiteur, au titre du soutien promis : ces fonds versés au débiteur, et non au créancier, devront être

[1] Art. 1318 c. civ. : « Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui. »

[2] Art. 1319 c. civ. : « Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable. »

[3] Com., 17 déc. 2003, n°01-11198, inédit, D. 2004, p.2035 à 2037, obs. V. Brémond : « la cour d'appel a relevé que [le créancier], qui n'avait souscrit aucune obligation d'information à l'égard [du codébiteur solidaire] (…) n'avait pas commis de faute à l'égard de M. X » (en ne l'informant pas de la défaillance du codébiteur intéressé à la dette).

remboursés par le débiteur, au titre de l'enrichissement injustifié (sauf si un contrat conclu entre lui et le promettant prévoit les modalités du remboursement : supra n°360). L'étendue du recours personnel en remboursement doit donc inclure non seulement les sommes versées au créancier, mais aussi celles versées au débiteur ;

– Deuxièmement, le promettant (d'intention ou de porte-fort) a dû verser au créancier des intérêts, au titre de la promesse non tenue. Ces intérêts versés, éventuellement prévus par une clause pénale, n'enrichissent pas le débiteur. Ce dernier n'a donc pas à les rembourser.

Le montant du recours en remboursement exercé par le garant contre le débiteur impose donc systématiquement d'identifier le profit du paiement effectué par le garant. C'est le régime de droit commun qui préserve l'équilibre entre les patrimoines : les règles de l'enrichissement injustifié (art. 1303 c. civ.[1]) s'appliquent.

Conclusion §2ème/ L'exécution des garanties personnelles

364. L'**exécution des garanties personnelles** a lieu selon des modalités systématiquement plus efficaces pour le créancier, et donc plus risquées pour le garant personnel.

L'action en paiement exercée par le créancier contre le garant est déclenchée dès que la dette vient à échéance : il n'est pas nécessaire de mettre le débiteur en demeure (avec un délai de régularisation), ni d'informer le garant de la survenance de l'impayé. Le paiement de substitution réclamé par le créancier prend la forme de dommages-et-intérêts : leur montant dépasse souvent le montant dû par la caution au titre de son obligation de règlement.

Le recours en remboursement exercé par le garant contre le débiteur permet au créancier d'échapper à une déchéance (privation du recours subrogatoire), établie en droit du cautionnement, mais exclue en présence de garanties principales.

L'exécution des garanties personnelles fait apparaître une constante : l'ordre public qui s'applique dans le cautionnement est évincé.

(365- à 395. : réservés)

[1] Art. 1303 c. civ. : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. »

Conclusion de la section 1ère

Les garanties personnelles principales

396. Les **garanties personnelles principales** sont donc des contrats conclus entre un garant et un créancier qui ont pour objet d'imposer au garant de couvrir le risque d'inexécution de son obligation par le débiteur. Ce déclencheur, légèrement plus précoce que celui du cautionnement, permet au créancier d'échapper à l'ordre public régnant dans le cautionnement, et donc d'obtenir une garantie nettement plus efficace que celui-ci.

La formation de la garantie principale obéit au consensualisme.

– Aucune mention manuscrite n'est imposée au garant, personne physique, même lorsqu'il s'engage dans un contrat unilatéral. Il ne pourra donc pas invoquer un vice de forme pour échapper à son engagement.

– Le contrat conclu avec le créancier contient deux clauses essentielles. La première fixe l'objet de la garantie, à savoir la promesse d'exécution par le débiteur, dans les trois types de garanties consacrées en droit des sûretés (lettre d'intention), en droit du contrat (porte-fort d'exécution) et en régime général des obligations (obligation solidaire). La seconde clause essentielle impose d'identifier les dettes couvertes, définies librement par les parties, de sorte que le garant peut couvrir des dettes futures, à naître à durée indéterminée.

– Le contrat conclu contient des dispositions supplétives de volonté, en application du droit commun des obligations.

– Les dettes couvertes par le garant sont valides (de sorte qu'il peut opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette), et, lorsque le contrat est conclu à durée indéterminée, le garant couvre toutes les dettes à naître, sauf résiliation.

– Lorsque le garant engage sa responsabilité contractuelle, parce qu'il a manqué à sa promesse (lorsque le débiteur est défaillant), le montant des dommage-intérêts dus au créancier n'est pas limité. L'obligation de règlement du garant est donc indéfinie.

Si l'exécution de la garantie principale est réclamée par le créancier, ce dernier bénéficie d'une garantie systématiquement plus efficace que le cautionnement. Le déclencheur de la garantie est (légèrement) plus précoce ; le créancier ne transmet pas les sûretés réelles détenues sur le débiteur, de sorte qu'il ne subira pas la déchéance à laquelle il est exposé envers la caution. Plus généralement, le créancier échappe à la plupart des devoirs impératifs imposées envers une caution.

397. Le développement des garanties principales, à compter des années 1990, s'explique en majeure partie par la volonté du créancier d'**échapper à la réglementation impérative** qui s'applique en droit du cautionnement. Le déclencheur de la garantie principale (l'inexécution du débiteur) peut sembler similaire à celui du cautionnement, notamment solidaire (une défaillance du débiteur) : mais un raisonnement a contrario sera systématiquement mené, afin d'évincer toutes les protections qui bénéficient à la caution, quelconque ou personne morale.

Les protections qui bénéficient *à toute caution* imposent aux parties de convenir de clauses précisant l'objet de l'engagement de la caution :

- de fixer le montant de l'obligation de règlement de la caution, quitte à préciser que la caution (personne morale : infra) s'engage de manière indéfinie. Le silence du contrat conclu par le garant principal signifie que l'obligation de règlement est indéfini.
- d'identifier les dettes couvertes. Depuis 2021, en droit du cautionnement[1] (mais ce n'était pas le cas auparavant quand une caution personne physique s'engageait), la liberté contractuelle est identique à celle applicable aux garanties principales. Les exceptions opposables par la caution et le garant sont, dans l'ensemble, centrées sur l'exigence d'une dette valide. Le régime est similaire, mais la caution peut opposer davantage d'exceptions au créancier (art. 2298 c. civ.[2]), que le garant, lequel ne peut opposer que les seules exceptions inhérentes à la dette.
- de préciser que le déclencheur du cautionnement sera précoce (cautionnement solidaire), faute de quoi le cautionnement sera simple (ce qui

[1] Art. 2292 c. civ., « Le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables. »

[2] Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.
« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

impose au créancier d'assumer la charge de l'exécution forcée) (art. 2297 al. 2 c. civ.[1]). Dans les garanties, le déclencheur est nettement plus précoce (dès l'inexécution du débiteur), et il vaut à titre supplétif de volonté.

En outre, le créancier est tenu de devoirs secondaires envers toute caution. Il doit :

– informer toute caution de la défaillance du débiteur, faute de quoi il ne peut pas réclamer la couverture des intérêts de retard. À l'inverse, le garant doit s'informer lui-même de l'exécution du débiteur : il doit les intérêts, même s'il ignore sa défaillance.

– transmettre les sûretés réelles détenues sur le débiteur, faute de quoi il s'expose à une déchéance de son action en paiement contre la caution (à hauteur du préjudice subi) (art. 2314 c. civ.[2]). Le créancier n'est jamais tenu de transmettre les sûretés réelles au garant principal.

Enfin, le créancier doit vérifier la capacité de la caution, personne morale, et l'informer afin qu'elle ne commette pas d'erreur.

– La capacité de consentir d'une caution, personne morale, impose au dirigeant de la société d'obtenir l'autorisation de l'organe de contrôle. Cette autorisation n'est pas nécessaire en présence d'une lettre d'intention (Com., 26 janv. 1999[3]) ou d'un engagement solidaire.

– L'information par le créancier de la caution (vrai tiers) sur la situation présente délabrée du débiteur s'applique à toute caution. La caution invoquera un vice du consentement si l'information est absente. L'obligation principale ne fait l'objet d'aucune jurisprudence similaire.

– Ponctuellement, le créancier professionnel est tenu d'informer annuellement une caution (personne physique ou morale) sur l'évolution de la dette résultant d'un d'un concours financier accordé à une entreprise (art. 2302 al. 3 c. civ.[4]), sous peine d'une réduction progressive de l'obligation de

[1] Art. 2297 al. 2 c. civ. : « Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. »

[2] Art. 2314 c. civ. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.
« Toute clause contraire est réputée non écrite.
« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

[3] Pour une lettre l'intention : Com., 26 janv. 1999, n°97-10003, Bull. n°31 : « (...) l'obligation souscrite n'était que de moyens ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une garantie au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 et ne nécessitait pas une autorisation préalable du conseil d'administration (...) »

[4] Anc. art. L 313-22 c. mon. et fin. : abrogé par l'article 32 II de l'ord. n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (« L'article L. 313-22 du code monétaire et financier est abrogé »).

couverture de la caution. Aucun devoir similaire n'existe en présence d'une garantie principale.

398. Les protections qui bénéficient aux **cautions personnes physiques** imposent aux parties de respecter certaines règles qui sont, en réalité, des pièges pour le créancier quelconque ou professionnel.

Le créancier quelconque est tenu, envers la caution personne physique, de :

– faire respecter la mention manuscrite imposant de décrire le cautionnement, de chiffrer l'obligation de règlement (art. 2297 al. 1er c. civ.[1]) et d'établir le caractère solidaire du cautionnement. Dans la garantie principale, aucune mention manuscrite n'est imposée, même lorsqu'une obligation solidaire est conclue.

– Le créancier qui contracte avec une caution, personne physique mariée (sous un régime communautaire), subira une limitation de son droit de gage général quand l'époux consent seul (sont engagés les propres et les revenus de l'époux). En présence d'une garantie principale, le régime applicable dépend du type de garantie : l'obligation solidaire consentie par un époux seul donne lieu à un droit de gage normal (propres, revenus de l'époux, biens communs ordinaires), sauf en cas de coemprunt (soumis à un régime similaire au cautionnement). Dans les autres garanties, la jurisprudence n'est pas fixée.

Le créancier professionnel est tenu, envers la caution personne physique :

– de n'obtenir qu'un engagement proportionné aux capacités de la caution (art. 2300 c. civ.[2]), faute de quoi l'obligation de la caution est réductible. Aucune exigence similaire n'existe dans les garanties principales. Dans l'obligation solidaire, une banque n'est responsable pour faute que si le crédit octroyé dépasse les capacités de paiement de tous les coobligés.

– d'informer annuellement la caution de l'exécution de la dette garantie (art. 2302 al. 1er c. civ.)[3], de sa faculté de résilier (lorsque l'obligation de

[1] Art. 2297 al. 1er c. civ. : « A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres. »

[2] Art. 2300 c. civ. : « Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, ilest réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. »

[3] Art. 2302 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la

couverture est à durée indéterminée : art. 2302 al. 2 c. civ.) ou de la durée restante de l'obligation de couverture (à durée déterminée), faute de quoi le créancier subit une réduction progressive de l'obligation de couverture de la caution. Aucune obligation similaire n'existe dans les garanties principales.

– d'informer spécifiquement la caution personne physique sur la défaillance du débiteur (art. 2303 c. civ.[1]), sous peine de subir une réduction progressive de l'obligation de couverture de la caution. En présence d'une garantie principale souscrite par une personne physique, aucune obligation d'information n'est imposée au créancier.

– de mettre en garde la caution sur les risques d'un endettement inadapté du débiteur par rapport à ses capacités de remboursement (art. 2299 c. civ.[2]). Il n'existe pas de jurisprudence similaire en présence d'une garantie principale : un raisonnement a contrario est possible, dans la mesure où la promesse d'intention ou de porte-fort implique que le promettant (même personne physique) apportera son soutien au débiteur.

399. La conclusion est sans appel. Les garanties principales sont systématiquement plus efficaces que le cautionnement. Ponctuellement, l'efficacité est identique : mais il faut une règle impérative imposée à toutes les sûretés personnelles (ainsi lorsque le débiteur professionnel en sauvegarde est garanti par une personne physique). Le domaine d'application du raisonnement analogique est très restreint. Il l'est tout autant en présence d'une garantie indépendante.

---

garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.

« Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.

« Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise. »

[1] Art. 2303 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement, à peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée.

« Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. »

[2] Art. 2299 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier.

« A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci. »

Section 2ème
Les garanties indépendantes

Résumé :

Les **garanties personnelles indépendantes** imposent au le garant de verser une somme d'argent, indépendamment de ce que doit ou non le débiteur au créancier. La dissociation entre la dette (éventuelle) du débiteur et l'engagement du garant est effectuée par le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions, prévu en régime général des obligations avec la délégation et adapté en droit des sûretés avec la garantie autonome.

La *délégation-sûreté* est une délégation imparfaite, dont le régime est fixé en régime général des obligations.

- Le créancier peut réclamer paiement à son débiteur (délégant), lequel peut opposer une exception (inhérente à la dette ou purement personnelle) à l'action en paiement du créancier. Le créancier peut également réclamer paiement au délégué (garant), mais ce dernier renonce à invoquer toute exception que le débiteur pourrait invoquer envers le créancier.
- Le montant que le créancier (délégataire) peut réclamer à l'un (débiteur : délégant) ou à l'autre (garant : délégué) ne peut toutefois pas dépasser la somme maximale que lui doit soit le délégué, soit le délégant.
- Le recours en remboursement du garant (délégué) sera exercé contre celui qui a été enrichi par son paiement. Ce sera le plus souvent le délégant, parfois le délégataire.

La *garantie autonome*, prévue en droit des sûretés, permet au créancier de réclamer au garant autonome une somme, à première demande. Le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions fonctionne de manière plus radicale que la délégation imparfaite.

- La garantie est formée quand est chiffrée l'obligation de règlement. L'ordre public est réduit : quelques exclusions ponctuelles (en présence de certains crédits, bail) sont instaurées ; le conjoint doit donner son accord.
- Lors de l'exécution de la garantie, le créancier peut réclamer paiement au garant autonome, même s'il a obtenu paiement du débiteur. Deux exceptions existent : en cas de fraude manifeste du créancier et en cas de procédure de sauvegarde dont le débiteur professionnel.
- Le recours en remboursement exercé par le garant autonome obéit au droit commun. Sauf contrat conclu entre le garant autonome et le débiteur, obligeant ce dernier à rembourser, le recours personnel du garant autonome sera exercé contre l'enrichi (débiteur ou créancier).

Les garanties indépendantes imposent donc au garant de payer la somme promise au créancier, sans opposer aucune exception. Elles peuvent donc être déclenchées à titre préventif, avant la défaillance du débiteur : la crainte d'un impayé, en raison de difficultés financières pouvant conduire à l'ouverture d'une procédure collective du débiteur, conduira le créancier à déclencher sa garantie. Il échappera alors au droit de la faillite.

400. La **garantie personnelle indépendante** est un engagement par lequel le garant s'oblige envers le créancier à lui payer un certain montant, indépendamment de ce que le débiteur doit ou non au créancier. Pour effectuer cette dissociation entre la dette (éventuelle) du débiteur et celle du garant, le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions, prévu en régime général des obligations avec la délégation, sera utilisé. Le créancier pourra alors déclencher sa garantie à titre préventif, en présence d'une crainte d'impayé ; et si sa crainte était justifiée, le montant payé par le garant viendra apurer la dette du débiteur.

Le mécanisme de l'*inopposabilité des exceptions* est un mécanisme couramment employé, notamment en droit bancaire, afin de sécuriser un paiement. En droit des sûretés personnelles, il permet au créancier d'obtenir la garantie que le garant paiera, même si le débiteur peut invoquer une exception (inhérente à la dette ou purement personnelle) pour s'opposer au paiement.

- En droit bancaire, un tiers paiera sans opposer d'exception, sur simple présentation d'un titre cambiaire (lettre de change, chèque, virement par carte de paiement ou de crédit), sans égard à la validité de la dette effectivement due ou non par le débiteur. La banque paye le chèque (provisionné) ; elle n’engage pas son patrimoine personnel dans l’opération. Le paiement par titre cambiaire n'est pas une sûreté, parce qu'il n'y a pas de paiement de substitution.
- En droit des sûretés personnelles, la volonté du créancier d'obtenir la garantie d'un paiement (indépendamment de ce que doit effectivement le débiteur) peut sembler curieuse, sauf à tenir compte de l'influence exercée par le droit de la faillite (et spécialement celui des procédures collectives). Un créancier peut craindre les différentes mesures (de prévention) instaurées et rechercher une garantie qu'il pourra déclencher de manière préventive : si le débiteur tombe ultérieurement en faillite, le garant aura déjà payé, sans chercher à invoquer des arguties juridiques. Le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions permet d'obtenir ce résultat.

Le montant promis par le garant aura à être payé sur simple demande du créancier. Si le garant respecte la *force obligatoire* de son engagement, le statut de la somme versée pourra être incertain :

– il correspondra à ce que doit effectivement le débiteur (si le créancier a été confronté à un impayé ou qu'il l'a correctement anticipé) ;

– le paiement aura été indu, si le créancier a obtenu paiement à la fois du débiteur et du garant ou si la dette du débiteur n'existait pas (ou était moindre que le versement effectué par le garant).

La garantie indépendante est donc une technique de nature à couvrir le créancier contre un risque inclusif, puisque la garantie peut déclenchée à titre préventif, par une simple crainte d'un impayé futur. Toute la question consistera à fixer l'intensité de la garantie dont le créancier veut bénéficier : il optera soit pour la délégation-sûreté, en réalité la délégation imparfaite issue du régime général des obligations (§1er) ; soit pour la garantie autonome, prévue en droit des sûretés (§2e).

§1er / La délégation-sûreté : *la délégation imparfaite*

401. La **délégation-sûreté** est un engagement tripartite par lequel un débiteur (délégant) propose à un créancier (délégataire) d'être payé par un tiers (délégué). La délégation-sûreté peut donc entrer dans le cadre de la définition qui figure à l'article 1336 al. 1er c. civ.[1], en régime général des obligations : « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur. »

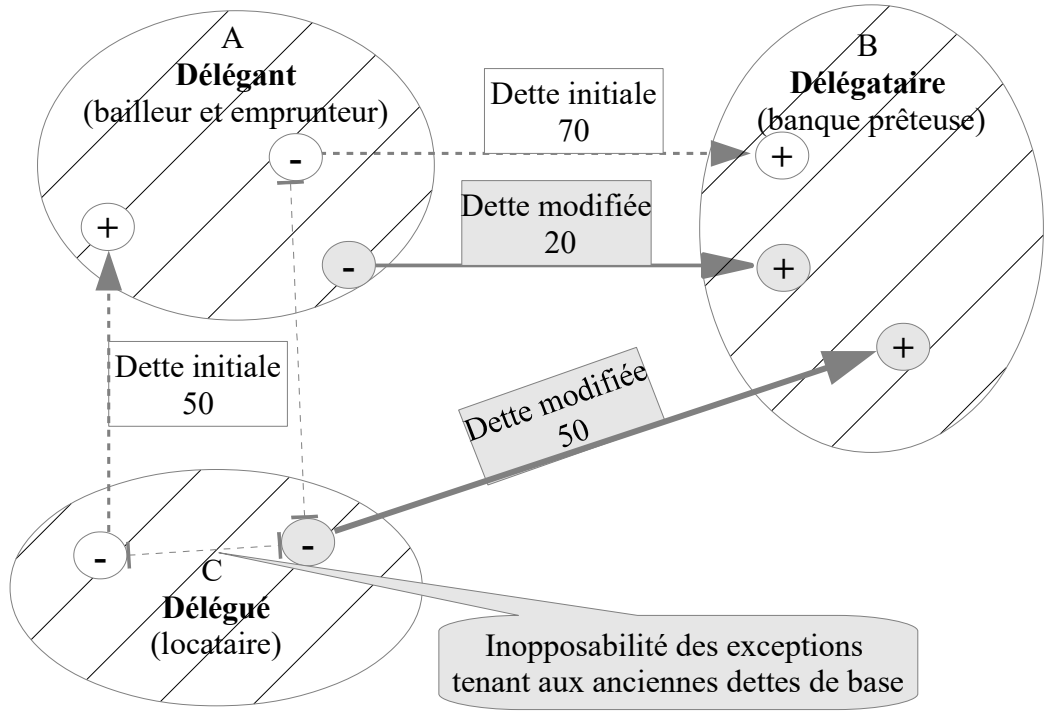
Pour rappel, le régime général des obligations prévoit deux modalités de délégation, la délégation parfaite, qui est parfois analysée comme un paiement simplifié, et la délégation imparfaite, qui est utilisée comme une sûreté. Les deux types de délégation utilisent l'inopposabilité des exceptions.

– Dans la *délégation* parfaite, A (délégant) doit 50 à C (délégataire) ; B (délégué) doit 50 à A ; A demande à B de verser 50 à C : le paiement de B permet d'éteindre deux dettes en même temps. Un seul paiement, assuré par un autre que le débiteur originaire, éteint à la fois deux dettes (schéma 4.1). Avec la délégation parfaite, les deux anciennes obligations disparaissent : le délégataire (créancier) n'a plus qu'un seul débiteur (le délégué).

[1] Art. 1336 c. civ. : « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur.
« Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. »

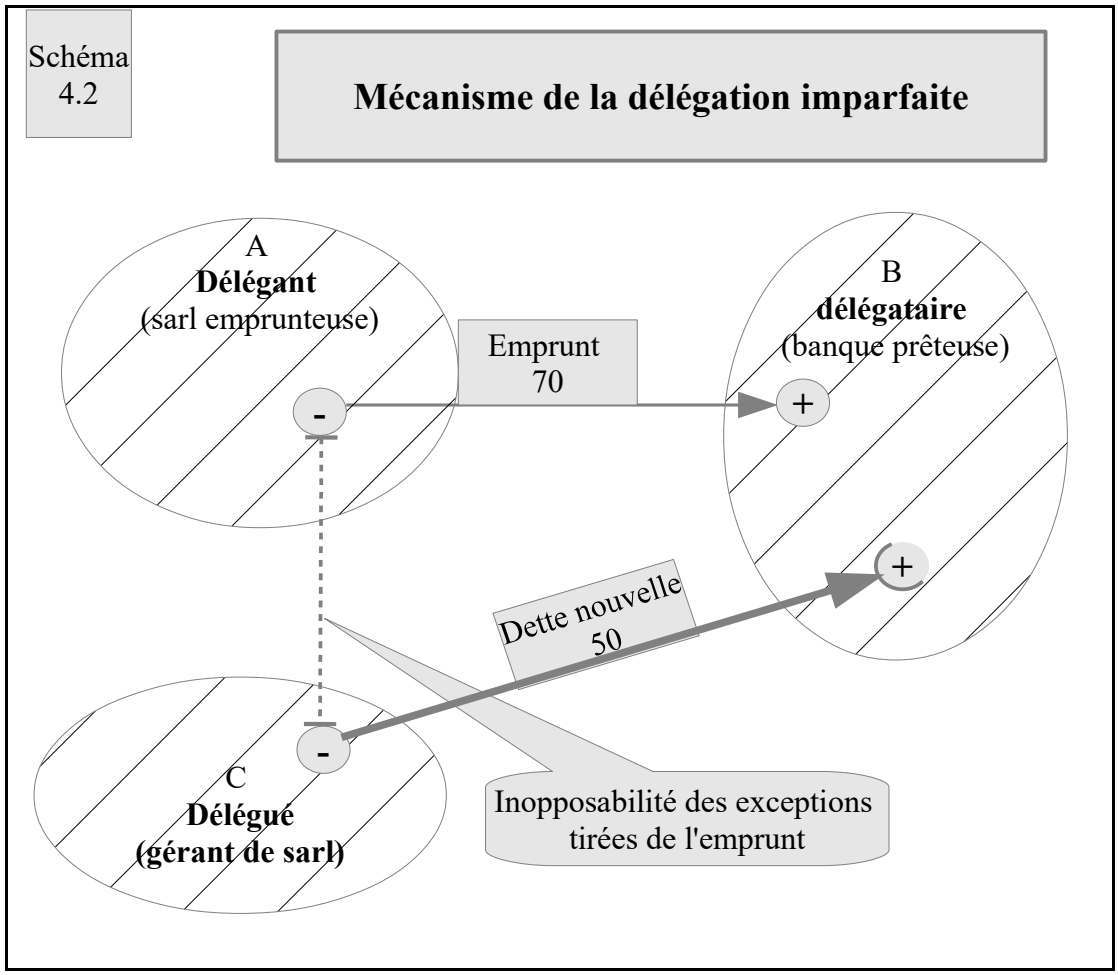
Schéma 4.1

Mécanisme de la délégation parfaite



– Dans la délégation imparfaite, le délégataire (créancier) ne donne pas décharge au délégant (débiteur), et il obtient un nouveau débiteur (le délégué). À la différence de l'obligation solidaire, dans laquelle chaque codébiteur peut invoquer les exceptions (inhérentes à la dette ou communes[1]), le délégué renonce à invoquer les exceptions que le délégant pourrait invoquer. Lors d'un crédit octroyé à la sarl (délégant), le gérant de la sarl (délégué) engage son patrimoine personnel pour un certain montant : le banquier (délégataire) sera payé soit par le délégant, soit par le délégué (schéma 4.2).

[1] *Régime général de l'obligation*, n°144 et suiv.



La délégation imparfaite correspond donc exactement au type de garantie (nettement plus efficace que le cautionnement) que peut rechercher un créancier qui veut obtenir paiement, rubis sur l'ongle, d'une dette sans avoir à craindre l'application (extensive) du droit de la faillite. En effet, la délégation-sûreté (comme toute délégation) recourt au mécanisme de l'inopposabilité des exceptions (art. 1336 al. 2 c. civ.[1]) : le paiement du délégué sera donc garanti, dans une certaine limite toutefois. Le créancier ne peut obtenir paiement que de la plus forte des deux sommes que lui doit le délégué ou le délégant (art. 1338 al. 2 c. civ.[2]).

La délégation-sûreté sera donc une délégation imparfaite, dont le régime est fixé en régime général des obligations : sa formation (I) obéit à des conditions nettement moins strictes que le cautionnement, et ses effets (II) sont nettement plus efficaces.

I/ La formation de la délégation-sûreté

[1] Art. 1336 al. 2 c. civ. : « Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. »
[2] Art. 1338 al. 2 c. civ. : « Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence. »

402. La **formation de la délégation-sûreté** est acquise par l'engagement du délégué (garant) souscrit auprès du délégataire (créancier). Le consentement des parties n'obéit à aucun formalisme. Son objet sera suffisamment fixé par le chiffrage de la somme que le délégué s'engage à verser.

403. Le **consentement des parties** (délégué et délégataire) à la délégation-sûreté ne donne lieu à aucune règle spécifique. Conformément au droit commun, le créancier (délégataire) qui obtiendra un engagement unilatéral du délégué (garant) aura vérifié les pouvoirs de son cocontractants ; il aura exigé le respect de la règle de preuve fixée à l'article 1376 c. civ.

Les *règles de capacité* (sanctionnées par la nullité) prévues en droit des sociétés en présence d'un cautionnement ne sont pas applicables à la délégation-sûreté.

- En droit des sociétés, les sûretés personnelles doivent être agréées par les organes de contrôle (art. L 225-35 al. 4 c. com.[1]). Le cautionnement consenti par le dirigeant d'une société par actions doit être autorisé, pour un montant (obligation de règlement) et une durée (de couverture), par son organe de contrôle. Une société n'est pas tenue (en principe) quand son dirigeant excède le pouvoir qui lui est donné.
- La chambre commerciale (Com., 15 janvier 2013[2]) assimile toutefois la délégation imparfaite à un contrat quelconque, et non pas à une garantie. La délégation-sûreté n'est donc pas soumise à autorisation du conseil de surveillance (ou du directoire), mais assimilée à une modalité de paiement. Une confirmation de la jurisprudence est attendue, car la délégation-sûreté est, quant même, une garantie.

Le *pouvoir d'engagement* du délégué (permettant d'identifier l'étendue du droit de gage général du créancier) ne donne lieu à aucune jurisprudence. On ignore si la délégation

[1] Art. 225-35 al. 4 c. com. : « Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil, qui en limite le montant, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers. Le conseil peut toutefois donner cette autorisation globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du présent code. Il peut également autoriser le directeur général à donner, globalement et sans limite de montant, des cautions, avals et garanties pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du même II, sous réserve que ce dernier en rende compte au conseil au moins une fois par an. Le directeur général peut également être autorisé à donner, à l'égard des administrations fiscales et douanières, des cautions, avals ou garanties au nom de la société, sans limite de montant. »

[2] Com., 15 janvier 2013, n°11-28.173, préc., Bull. ; D. 2013, p.242 ; Gaz. Pal. n° 58-59, 27-28 février 2013, p. 9 à 11, note Marc Mignot ; RLDC n°102, mars 2013, n°5013, p.36-37, note Charles Gijsbers ; JCP G 2013, Jurisprudence, n°345, p.605 à 607, note Adrien Bascoulergue ("Une délégation imparfaite n'est pas une garantie au sens de l'article L. 225-35 du code de commerce").

imparfaite, souscrite par un gérant de sarl marié en régime communautaire, donne lieu à un régime identique à celui applicable au cautionnement (art. 1415 c. civ.[1]) ou si la délégation imparfaite est un engagement quelconque (art. 1413 c. civ.[2]) par lequel le créancier peut saisir les propres et les revenus de l'époux qui s'engage, ainsi que l'ensemble des biens communs (à l'exclusion des revenus et des propres du conjoint). Il est probable que la jurisprudence soumettra l'engagement pris par le délégué au régime fixé à l'article 1414 c. civ. : c'est celui qui s'applique (sans texte) à la garantie autonome (Civ. 1ère, 20 juin 2006[3] ; infra).

L'*expression de la volonté du délégué* est réglée conformément au droit commun. Aucune mention obligatoire similaire à celle existant dans le cautionnement n'est exigée. Il suffira donc que le délégué (personne physique) respecte la règle de preuve établie à l'article 1376 c. civ.[4], à savoir qu'il écrive, en lettre et en chiffres, le montant qu'il s'engage à verser au créancier.

Le consentement à la délégation-sûreté est donc obtenu de manière souple. Le délégué, personne morale, s'engage dans un contrat quelconque ; le délégué, personne physique, s'engage dans un contrat unilatéral, probablement soumis aux restrictions fixées dans la communauté légale.

404. L'**objet de la délégation-sûreté** sera suffisamment déterminé par deux clauses essentielles. Les autres clauses seront supplétives de volonté.

Les *clauses explicites* que le délégué et le délégataire doivent fixer, pour rendre l'objet suffisamment déterminable, concernent le montant que le délégué s'engage à verser et l'identification des dettes couvertes par le délégué.

– Le montant de l'engagement du délégué sera suffisamment précis quand il est chiffré. Le montant correspond alors à une somme. Mais on peut admettre

[1] Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

[2] Art. 1413 c. civ. : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

[3] Civ. 1ère, 20 juin 2006, n°04-11.037 ; Bull. n° 313 ; D. 2006. 1815, obs. V. Avena-Robardet, et 2539, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; AJ fam. 2006. 330, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2006. 593, obs. P. Crocq, et 816, obs. B. Vareille ; RTD com. 2006. 902, obs. D. Legeais. : « aux termes de l'article 1415 du code civil, (...) texte (...) applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté ».

[4] Art. 1376 c. civ. : « L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres. »

également un engagement sans limitation de montant, pour toute somme que doit ou devra le débiteur. Aucune règle spécifique ne s'applique en présence d'un délégué, personne physique : il peut s'engager sans limitation de montant (sachant qu'un tel engagement serait nul dans le cautionnement) et sans avoir à le proportionner au montant de sa fortune et de ses revenus (sachant que cet engagement serait réductible en présence d'un cautionnement).

– L'identification des *dettes couvertes* par le délégué est nécessaire. En effet, dans la délégation imparfaite, le créancier peut réclamer paiement au délégant (débiteur originaire) comme au délégué (garant) : il faut donc que ces dettes soient déterminables. Mais le contrat peut prévoir que le délégué couvre toute dette, présente comme future, due ou à devoir par le délégant.

Les *clauses supplétives de volonté* applicables à l'engagement du délégué précisent les modalités de l'intervention du délégué, ainsi que la durée de son engagement.

– Dans le silence du contrat, « Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire » (art. 1336 al. 2 c. civ.). Le mécanisme de l'opposabilité des exceptions joue deux rôles.

– Si le délégant (sarl) peut opposer une exception au délégataire, qu'elle soit inhérente à la dette (exception d'inexécution ; manquement au devoir de mise en garde) ou purement personnelle (exception liée à la faillite), ce n'est pas le cas du délégué[1].

– Le créancier pourra déclencher sa garantie à son gré, sans avoir à invoquer une inexécution du débiteur. Une limite existe néanmoins. Selon l'article 1338 al. 2 c. civ., « Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence. » Si la sarl (délégant) rembourse 50€ (sur 70 à rembourser), la banque pourra réclamer le solde au délégué (20€).

– La durée de l'engagement du délégué (garant) sera indéterminée quand aucune clause ne fixe une date-butoir ou une durée déterminée. Dans ce cas, le délégué pourra résilier son engagement, conformément au droit commun, en

[1] Civ. 1ère, 17 mars 1992, D. 1992.418, note L. Aynès ; JCP G 1992.II.21922, note M. Billiau (inopposabilité des exceptions, sauf convention contraire, que peut invoquer le délégué à raison des relations délégant-délégataire) ; Com., 25 fév. 1992, JCP G 1992.II.21922, note M. Billiau : sauf clause contraire, le délégué ne peut opposer d'exception au délégataire.

respectant un délai de préavis (au cours duquel le créancier pourra réclamer le montant promis).

La liberté contractuelle applicable à la délégation-sûreté est donc entière. Faute de disposition en ce sens, on se demande si l'ordre public (établi en 2006 en présence d'une garantie autonome : infra) devrait également s'appliquer, en présence d'une délégation imparfaite (dont le régime a été réformé en 2016). Lorsque la garantie autonome est interdite,

- un bailleur (délégataire) pourrait-il obtenir d'un délégué (garant) l'engagement de couvrir les loyers dus par le locataire (délégant) ?
- un banquier (délégataire) pourrait-il recourir à la délégation-sûreté à raison des prêts (immobiliers ou à la consommation) souscrits par des consommateurs ?

405. La délégation-sûreté est donc, purement et simplement, une délégation imparfaite, formée conformément au régime fixé en régime général des obligations. Ni l'ordonnance de 2016 réformant le droit des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), ni celle de 2021 (n°2021-1192 du 15 septembre 2021) réformant le droit des sûretés ne sont intervenues pour fixer un cadre impératif à la délégation-sûreté. Il appartiendra donc à la jurisprudence de préciser

- si le délégué (marié en communauté légale) est soumis à l'article 1415 c. civ. (solution probable),
- si le délégué (personne morale) n'est engagé que si son dirigeant a été autorisé par les organes de contrôle
- et si les exclusions prévues en présence d'une garantie autonome s'appliquent également à la délégation-sûreté.

II/ L'exécution de la délégation imparfaite

406. L'exécution de la délégation imparfaite suit le mécanisme en deux temps de toutes les sûretés personnelles. Si le créancier réclame paiement au délégué, ce dernier cherchera à exercer une action en remboursement.

Le paiement réclamé par le créancier, conformément à la force obligatoire de l'engagement souscrit par le délégué, imposera à ce dernier de payer sans opposer d'exception. Toutefois, le régime de la délégation imparfaite impose une limite aux

prétentions du créancier : il ne peut obtenir au total que la plus forte des deux sommes dues par le délégué ou le délégant.

En présence d'un paiement effectué par le délégué, le recours en remboursement de ce dernier sera soumis au droit commun, fixé en régime général des obligations : puisque le paiement du délégué est dû (art. 1302 al. 1er c. civ.[1]), on appliquera les règles de l'enrichissement injustifié (art. 1303 c. civ.[2]).

L'exécution de la délégation-sûreté aura donc lieu quand le créancier réclame paiement au délégué (1), ce dernier disposant alors d'un recours en remboursement (2).

1/ Le paiement réclamé par le délégataire (créancier) au délégué (garant)

407. Le **paiement réclamé par le délégataire (créancier) au délégué (garant)** aura lieu conformément à l'engagement pris par le délégué, mais sous une limite de montant. Le délégué a *renoncé à invoquer les exceptions* que le délégant pourrait invoquer envers le délégataire.

- Si une échéance de l'emprunt souscrit par la sarl n'est pas encore exigible, le délégataire (banque, prêteuse) peut actionner le délégué. Ce dernier ne pourra pas opposer d'exception inhérente à la dette.
- Si le délégant bénéficie d'une mesure de protection purement personnelle (en raison de l'ouverture d'une procédure de prévention ou de faillite), le délégué doit payer, en principe et sauf exception. L'exception, commune à toutes les sûretés personnelles[3], est instaurée lorsqu'une délégation est souscrite par une personne physique : la procédure de sauvegarde dont bénéficie le débiteur professionnel est opposable par le délégué (art. L 628-22 c. com.[4]).
- Le créancier peut réclamer paiement quand le délégué résilie son engagement à durée indéterminée (pendant la durée du préavis), quand il craint un impayé du locataire (délégant), parce que ce dernier est au chômage, etc...

Le montant que le créancier peut obtenir au délégué est *limité à la plus forte des deux sommes dues par le délégué ou le délégant*. Selon l'article 1338 al. 2 c. civ.[5], texte

[1] Art. 1302 al. 1er c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. »

[2] Art. 1303 c. civ. : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. »

[3] Supra, n°213.

[4] Art. 628-22 c. com. : « Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous les intérêts de retard et majorations (...). Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (...) peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. »

[5] Art. 1338 c. civ. : « Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur.

spécifiquement applicable à la délégation imparfaite, « Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence. » Le paiement effectué par le délégué libère le délégant et inversement : le montant que le créancier (délégataire) sera donc limité. Ainsi, si le délégant a souscrit une dette de 70, remboursée à hauteur de 40, le délégué (engagé pour 50) ne doit que le solde (30€). Le délégataire n'a pas le droit d'obtenir des paiements cumulés qui excèdent la somme due par le délégant. Le délégataire ne peut obtenir le beurre et l'argent du beurre.

La délégation imparfaite procure donc au délégataire (créancier) un engagement efficace du délégué, grâce à l'inopposabilité des exceptions.

2/ Le recours en remboursement du délégué (garant)

408. Le **recours en remboursement du délégué (garant)** aura lieu après le paiement effectué par le délégué au délégataire. Il faudra identifier l'enrichi final, normalement le véritable débiteur ou le pseudo-créancier (lorsque le délégant a remboursé son emprunt)[1].

La *date* à laquelle l'action en remboursement sera exercée par le délégué suppose que la situation soit soldée.

- Il faudra donc attendre la fin du bail (ou la fin du prêt) pour savoir si la somme versée par le délégué était due ou non au bailleur (délégataire).
- Mais le délégué a pu organiser son recours contre le délégant : un contrat conclu entre le délégant et le délégué prévoit alors que le délégant doit immédiatement rembourser le délégué, lorsque le délégataire (créancier) a obtenu paiement du délégué.

L'action en remboursement sera exercée, conformément au droit commun de l'enrichissement injustifié, contre celui qui a été enrichi par le paiement effectué par le délégué. Les règles relative au remboursement du délégué sont les mêmes règles que celles applicables à la garantie autonome (infra).

409. La **délégation imparfaite** dont le régime est fixé en régime général des obligations est donc le modèle de la délégation-sûreté. Le mécanisme permet au créancier d'obtenir un paiement sécurisé, grâce à l'inopposabilité des exceptions, déclenché à titre préventif.

« Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence. »

[1] Com., 21 juin 1994, Bull. n°25 ; Dalloz 1995.som., p.91, obs. L. Aynès ; JCP G 1994.1.3803, n°10, obs. Michel Billiau ; RTD civ. 1995, p.113, obs. Jacques Mestre.

Le *déclenchement préventif* de la délégation-sûreté aura lieu dès que le créancier a une crainte au sujet du débiteur (délégant). Cette crainte n'est pas toujours injustifiée : en droit de procédures collectives, les banques savent bien que le gel des paiements et les complexités de la procédure collective (avec la déclaration des créances et le risque de forclusion lorsque le délai fixé par le tribunal n'est pas respecté) ont pu, dans le passé, interdire un recours effectif contre une caution. Le développement de la délégation-sûreté s'explique par l'ordre public qui s'est développé en droit du cautionnement.
Curieusement, la succession de *réformes* (en droit des obligations en 2016, en droit des sûretés en 2006 et 2021) n'a pas conduit à instaurer un ordre public spécifiquement applicable à la délégation-sûreté, qui a été oubliée. Le résultat est que, dans certains cas, la délégation est permise alors que la garantie autonome ne l'est pas.

§2ème / La garantie autonome

410. La **garantie autonome**, définie à l'article 2321 al. 1er c. civ.[1], est un engagement par lequel le créancier pourra réclamer au garant le montant promis « à première demande », sans que ce dernier puisse opposer « aucune exception tenant à l'obligation garantie ». Le créancier pourra ainsi déclencher sa garantie à titre préventif, en présence d'une simple crainte d'impayé, à raison d'une dette future et même purement éventuelle.
Pour déclencher sa garantie autonome, le créancier n'aura donc pas à prétendre (sauf clause explicite contraire négociée et imposée par le garant autonome) que le débiteur, vrai ou supposé, aurait manqué à l'exécution de son obligation. Le garant autonome devra payer, selon une modalité proche du dépôt de garantie : le bailleur craint que des dégradations ne soient commises dans le local, et, à raison de cette dette purement hypothétique du locataire, un mois de loyer est d'ors et déjà versé, à titre préventif. La garantie autonome est ainsi une garantie indépendante (de l'obligation, vraie ou supposée, de base).

[1] Art. 2321 c. civ. : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.
« Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.
« Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.
« Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

Le *risque couvert* inclut celui de la formation d'une dette (qui n'existera peut-être jamais). Techniquement, le créancier est donc couvert contre le risque de contestation de la dette. Ce risque est nettement plus inclusif que celui que couvre la caution simple (risque d'insolvabilité du débiteur), la caution solidaire (risque de l'exécution forcée) ou le garant principal (associé à l'exécution volontaire).

Le garant autonome, qui sera aussi bien une personne morale qu'un particulier quelconque, s'engage donc à payer une certaine somme, sans exiger la moindre justification au créancier. La formation de la garantie autonome (I) sera simple, son exécution particulièrement efficace pour le créancier (sauf quelques limites à vocation sociale) (II). La loi ne dit rien de son recours en remboursement (III).

410-1. Historiquement, la garantie autonome (explicitement consacrée depuis l'ordonnance du 23 mars 2006) est née à compter des années 1970 de la pratique bancaire, et plus précisément dans les relations d'affaires internationales, de sorte que les acteurs en présence étaient tous des professionnels avertis de cette technique, dont le fonctionnement présente des analogies avec la technique cambiaire.

Lors de la conclusion d'un *contrat international*, le plus souvent d'un montant important[1], l'une des parties contractantes (le client) peut, au regard des enjeux financiers de l'opération, éprouver des craintes quant à l'exercice effectif des garanties d'exécution et quant à l'indépendance effective des juridictions nationales (éventuellement celles du lieu de situation du débiteur de la prestation caractéristique, partie éventuellement influente). La garantie autonome présentée par l'un des contractants (entrepreneur, fournisseur … : chargé de livrer la prestation caractéristique) prévoyait donc les modalités du recours du créancier. Cette garantie autonome s'accompagnait systématiquement d'un second contrat, conclu entre le garant autonome (banquier international) et le débiteur (ou ses sous-garants), fixant le régime (contractuel) du recours en remboursement exercé par le garant autonome. Le risque pris par le banquier international engageant son patrimoine personnel était donc strictement provisoire, puisqu'il contrôlait la solvabilité du débiteur (ou de son sous-garant). Dans son économie propre, la garantie autonome fonctionnait donc comme une garantie cambiaire.

Dans les années 1980, la garantie autonome est sortie de son domaine traditionnel d'application, les banquiers, cette fois en tant que créanciers, cherchant à appliquer cette technique à d'autres acteurs économiques, à raison des crédits accordés sur le marché national, donc au niveau interne ; de fil en aiguilles, plus massivement à compter des années 1990, les banquiers l'ont

[1] Après le choc pétrolier, les pétro-dollars dont disposaient les pays pétroliers leur ont permis de réaliser des investissements massifs en infrastructure. Afin de garantir la bonne exécution de ces contrats par leurs débiteurs, fréquemment des entrepreneurs (firmes multinationales, notamment de bâtiment-travaux publics), les États pétroliers (créanciers) ont exigé un instrument sur-mesure, automatique : les banques internationales ont créé la garantie autonome.

imposé à des personnes physiques[1], ne maîtrisant que faiblement la technique cambiaire. Les dirigeants de société souscrivent désormais massivement souscrit des garanties autonomes, et non plus des cautionnements (ce qui illustre, ici comme ailleurs, le phénomène d'inflation des sûretés).

I/ La formation de la garantie autonome

411. La **formation de la garantie autonome** obéit à la liberté contractuelle. Selon l'article 2321 al. 1er c. civ., « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, *en considération d'une obligation souscrite par un tiers*, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. » Comme dans tout contrat, les parties devront donc fixer les éléments essentiels de l'opération, grâce à leur liberté contractuelle.

L'objet de la garantie autonome sera fixé quand le garant s'engage à verser une somme (ce qui correspond à son obligation de règlement). L'obligation de couverture est à peine mentionnée : le garant « considère » une dette.

La liberté contractuelle des parties les conduira à préciser le déclencheur de la garantie autonome, sous réserve que quelques dispositions impératives (lorsque le garant autonome est une personne physique).

La formation de la garantie autonome suppose donc que les parties s'accordent sur le contenu du contrat (1), conformément à une liberté contractuelle faiblement encadrée (2).

1/ Le contenu de la garantie autonome *: une garantie « indépendante »*

412. **Le contenu de la garantie autonome** sera fixé par des clauses ayant pour objet de fixer l'équation convenue entre les parties. Comme dans toute sûreté, il faudra identifier l'obligation de règlement, l'obligation de couverture et le déclencheur. Or, précisément, l'obligation du garant est présentée comme « indépendante » de ce que doit le débiteur. Le garant affirme qu'il paiera sa propre dette, sans égard à ce que doit le débiteur : l'opération interroge donc sur le but de l'engagement du garant (art. 1162 c. civ.).

[1] Admettant la garantie autonome souscrite par une personne physique (gérant de société) : Civ. 1ère, 12 déc. 2000, n°96-15099 (inédit titré). La requalification (en cautionnement) (Com., 13 déc. 1994) suppose une mauvaise rédaction du contrat par le créancier.

Parmi les paramètres essentiels qui doivent être précisés pour que l'objet de la garantie autonome soit fixé avec suffisamment de précision, l'obligation de couverture suscite une difficulté particulière. Selon l'article 2321 c. civ.[1], « le garant s'oblige, *en considération* d'une obligation souscrite par un tiers ». La considération[2] de la dette d'un tiers opère un rattachement très vague avec l'obligation du garant autonome. Même lorsque l'obligation couverte est nulle, le garant autonome devra payer.

Le contenu de la garantie autonome conduira donc à préciser l'objet de la garantie autonome (a) et à justifier le but de l'engagement du garant (b).

a/ L'objet de la garantie autonome : *les trois paramètres à fixer*

413. L'objet de la garantie autonome doit, conformément au mécanisme de base de toute sûreté personnelle, déterminer trois obligations essentielles : quelle somme le créancier peut-il réclamer au garant autonome, quelle est la dette couverte et quel est le déclencheur de l'appel en garantie ?

Le *montant de l'obligation de règlement* est le premier objet explicite à fixer, mentionné par l'article 2321 al.1er c. civ. : « le garant s'oblige […] à verser une somme ».

– A priori, cette somme (le résultat d'une addition, selon le dictionnaire) doit être chiffrée.

– Le créancier peut-il néanmoins réclamer « toute somme »[3] ou un montant indéfini (comme dans le cautionnement indéfini) ? Certains l'admettent : on pourrait concevoir une garantie autonome « glissante », portant sur le solde d'un compte courant[4]. Il semble toutefois que le montant indéfini ne réponde pas à la notion de « somme » : la jurisprudence précisera sa position.

Le créancier qui veut s'assurer de la validité de la garantie autonome aura donc la prudence d'exiger un chiffrage de l'obligation de règlement du garant.

[1] Art. 2321 c. civ. : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. (...). »

[2] Le projet Grimaldi parlait de « contemplation ». Contempler (Petit Larousse) : « regarder longuement, attentivement et avec admiration ». Considérer : « regarder longuement et attentivement ».

[3] Com., 12 juillet 2005, n°03-20364, Bull. n°160 : « le caractère autonome de la garantie résultant de la stipulation par laquelle le garant, dans la limite d'un montant déterminé, s'engage à payer toute somme réclamée par le bénéficiaire ».

[4] Ce n'est qu'à la clôture du compte que le montant du passif impayé pourra être déterminé : mais, dans la garantie autonome, l'obligation du garant est déconnecté de la dette de base. Une garantie autonome sans somme chiffrée revient plutôt à signer un chèque en blanc.

L'*obligation de couverture* doit permettre d'identifier les dettes garanties, ce à quoi correspond la formulation « en considération d'une obligation souscrite par un tiers »

– Les dettes couvertes doivent être explicitement mentionnées, faute de quoi la garantie autonome sera nulle. Les dettes seront identifiables en précisant leur fonction (les dettes locatives de tel local) ou en précisant l'identité du débiteur (« tiers ») et du créancier (une dette quelconque due par la sarl à la banque Y). Peu importe que la dette couverte soit présente ou future, qu'elle soit certaine ou purement hypothétique.

– La « considération » de la dette dite de base signifie que la dette existe, même si elle n'est pas valide. Contrairement au cautionnement, une garantie autonome pourra donc couvrir une dette nulle. C'est le sens de l'article 2321 aliéna 3 c. civ. « Le garant ne peut *opposer aucune exception* tenant à l'obligation garantie. » Le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions n'impose pas au créancier de prétendre que le prétendu débiteur aurait manqué à l'exécution volontaire, qu'il serait défaillant ou que cette pseudo-dette ne serait jamais venue à l'existence.

Le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions (liées à la pseudo dette de base) permet un *déclenchement de la garantie autonome* à la discrétion du créancier.

– Lorsque le garant autonome est tenu « à première demande », le créancier n'invoque aucun motif pour déclencher le paiement du garant (Com., 20 déc. 1982[1]). Selon Com., 21 mai 1985, « Le fait, même apparemment établi, que la société [débitrice] ait rempli toutes ses obligations à l'égard du créancier n'était pas de nature à dispenser le garant de l'exécution de l'accord dont les termes l'obligeaient à payer les sommes garanties à première demande *sans aucun motif allégué* pour l'appel de cette garantie »[2].

– Les parties peuvent convenir d'un autre déclencheur, légèrement plus tardif, « verser une somme (...) suivant des modalités convenues » : après l'ouverture par le créancier d'un crédit au débiteur, même si la dette n'est pas

[1] Premier arrêt : Com., 20 déc. 1982, n°81-12.579, Bull. n°417 ; D. 1983 p.365, note Michel Vasseur ; RTD com. 1983, p.446, obs. Michel Cabrillac et Bernard Teysssié : « (...) la banque s'est engagée envers une société à la payer "à la première demande", (...) cet engagement ne constituait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions qu'une seconde société pouvait opposer à la première, tenant à l'inexécution du contrat les unissant. »

[2] Com., 21 mai 1985, n°83-16.925 ; Bull. n°160. Voir aussi : Com., 9 décembre 2008, n°07-12.219, inédit (« une garantie autonome à première demande est indépendante du contrat de base, ce dont il résulte que les conditions d'exécution de ce contrat et l'existence ou non des manquements allégués du bénéficiaire de la garantie sont dépourvus d'incidence pour l'appréciation des droits de ce dernier, auquel aucune exception tirée de celles-ci n'est opposable ») ; Com., 12 mars 2013, n°11-22.048, inédit.

encore exigible ; à partir de telle date, jusqu'à telle autre date[1] ; en imposant au créancier d'alléguer (ce qui ne veut pas dire prouver) qu'une inexécution aurait été commise[2] ; en produisant tel document. Bref, le déclencheur de la garantie autonome sera un événement décrit.

Il suffit donc que le créancier demande la somme que tel « tiers » pourrait devoir ; le garant est tenu[3], sans disposer du moindre moyen de défense tiré de l'obligation de base. Le garant s'engage à titre principal et indépendant : mais pour quelle raison s'associe-t-il à un tel « tiers » ?

b/ Le but de l'obligation du garant : *la garantie d'une dette future ou présente*

414. Le **but de l'obligation du garant** est destiné à identifier la fonction de l'opération. Selon l'article 1302 c. civ.[4], « tout paiement suppose une dette ». Or l'existence de ladite dette n'est visiblement pas celle du débiteur, puisque la somme due par le garant autonome est déconnectée de la dette dite de base. Le garant paye donc sa propre dette[5]. Quel est le but de l'opération ? En réalité, la garantie autonome répond à deux fonctions, qui peuvent se cumuler.

Le garant autonome peut s'engager *afin que le débiteur de base obtienne du crédit*. La logique de la garantie autonome entrera alors en concurrence avec les autres sûretés personnelles. On sait que, dans le cautionnement, la jurisprudence se réfère à la cause objective (désormais but) : l'engagement de la caution est justifié par le crédit accordé par le créancier au débiteur. La jurisprudence a pareillement justifié la garantie autonome : il suffit que le contrat de base soit conclu (même de façon irrégulière) pour que l'engagement du garant autonome soit causé. Selon Com., 9 avril 2005[6], « l'engagement d'un garant à première demande est causé, dès lors que le donneur d'ordre [débiteur] a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu

[1] Com., 12 juillet 2005, n°03-20365, Bull. n°161 : « la lettre recommandée était parvenue à la banque le 2 janvier 1996, alors qu'une réclamation conforme aux stipulations de la lettre de garantie avait été reçue par la banque après sa date d'expiration » (à savoir le 31 déc. 1995).

[2] Com., 3 nov. 1992, n°90-16271, Bull. n°335 : « l'obligation de "motiver" la demande n'imposait au bénéficiaire, en l'absence de toute autre stipulation, que de fournir un exposé descriptif de ses griefs, sans avoir à apporter la preuve de leur bien-fondé » ; Com., 12 juillet 2005, n°03-20364 , Bull. n°160 : « l'exigence formelle de la production de pièces justificatives ne conférant pas au garant une quelconque faculté d'en discuter le bien-fondé » ; Com., 12 juillet 2005, n°03-20365, Bull. n°161.

[3] Com., 20 déc. 1982, préc. : « Creusot-Loire, invoquant la défaillance de la société Siegfried (…) ; la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation ».

[4] Art. 1302 c. civ. : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. »

[5] Com., 11 juin 2002, n°00-15321, D. 2002, p.3332, obs. L. Aynès : la banque garantit « le risque de l'opération », elle verse non « la propre dette du débiteur principal » , mais la sienne propre, comme en présence d'une assurance.

[6] Com., 9 avril 2005, n°02.17600, JCP G 2005.II.10075, note Stépahne Piedelièvre ; JCP E 2005, n°24, p.1009, note Stoufflet.

important qu'il n'y soit pas partie ». La conclusion du « contrat de base » n'implique pas que la dette existe. La garantie autonome fait alors concurrence au cautionnement : il s'agit de garantir un créancier économique contre un risque futur d'inexécution, à raison d'une dette à exécuter dans le futur (comme un prêt).

La fonction de la garantie autonome permet également au créancier d'obtenir le versement à tout moment d'une somme d'argent. La garantie autonome fera alors concurrence au gage-espèces. On sait qu'un créancier peut hésiter entre un paiement immédiat et un paiement différé. Soit il réclame le versement immédiat d'un *dépôt de garantie*, par exemple de la part d'un locataire. Soit il réclame, à la place, une garantie autonome : qui peut le plus (un dépôt de garantie avec paiement immédiat), peut le moins (une garantie autonome avec paiement différé et éventuel)[1]. Le but de l'engagement du garant autonome sera justifié quand le créancier peut réclamer un paiement immédiat, pour une dette présente et exigible (solution légalement prévue avec le dépôt de garantie du locataire soumis à la loi de 1989 : infra).

La garantie autonome peut donc répondre à deux fonctions différentes, et elles peuvent se cumuler.

- Un garant autonome s'engage afin que le créancier accorde un crédit (comme dans les autres garanties personnelles), en espérant ne pas être appelé, tant que le débiteur rembourse correctement la dette exigible dans le futur.
- Le créancier, pour sa part, peut considérer qu'il dispose d'une somme d'argent disponible à tout moment, puisque la dette du garant est présente et exigible : et peu importe que le débiteur rembourse ou non le prêt.

La garantie autonome possède ainsi une fonction ambivalente, éventuellement extensive, qui sera révélée par la liberté contractuelle dont disposent les parties.

414-1. Le législateur valide les deux justifications.

La fonction de la garantie autonome est identique à celle du *gage-espèces* (dépôt de garantie[2] ou constitut[3], au demeurant parfois prévu par le législateur lui-même, en présence d'un marché

[1] Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 2010, 9e éd., Litec, LexisNexis, n°497, p.363 « La garantie indépendante est ainsi la sûreté personnelle garantissant la constitution d'une sûreté réelle, le gage-espèces qu'est le dépôt de garantie. »

[2] M. Cabrillac et C. Mouly, n°431 ; P. Crocq, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Mouly*, livre II, Litec, 1998, p.317 à 334, spéc. n°7, p.320.

[3] Voir : F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui*, th., Biblio. des thèses, 1998

public[1] comme privé[2]). Selon l'article 22-1-1 de la loi du 6 juillet 1989[3], le bailleur, créancier, a le choix entre exiger un versement immédiat d'espèces (dépôt de garantie à raison d'une dette purement éventuelle qui pourrait exister à l'avenir), ou bien y renoncer mais obtenir une garantie autonome, donnant lieu à un paiement différé[4].

L'opposabilité par le garant autonome, personne physique, du plan de sauvegarde du débiteur professionnel (infra) montre que la garantie autonome est également employée, lorsque le débiteur contracte un *prêt*, donc une dette exigible dans le futur.

2/ Une liberté contractuelle faiblement encadrée

415. La **liberté contractuelle**, en présence d'une garantie autonome, est faiblement encadrée : elle l'est tout de même un peu, en présence d'un garant autonome personne physique. La garantie autonome est exclue, en présence d'opérations ponctuelles (a). Pour le reste, la garantie autonome apparaît comme un contrat banal (b).

a/ Le domaine de la garantie autonome : *quelques exclusions à but social*

416. Le **domaine** des garanties autonomes est limité, en présence de certaines opérations conclues par certaines personnes physiques, à savoir les consommateurs. L'ordre public permet alors d'identifier la fonction ou les fonctions véritables de la garantie autonome : elle fait concurrence au gage-espèces et aux autres garanties personnelles.

La garantie autonome est interdite pour garantir un *bailleur pour le paiement des loyers* (soumis à la loi n°89-1290 du 6 juillet 1989 et aux locations assimilées[5]), quand il s'agit d'assurer le logement principal d'une personne physique.

– À raison du paiement des loyers, le bailleur ne peut échapper à sa qualité de créancier : il lui est interdit de réclamer paiement à l'avance des loyers, d'obtenir une garantie autonome ou un dépôt de garantie. La garantie autonome ne doit pas entrer en concurrence avec les autres garanties personnelles (cautionnement, obligation solidaire ou lettre d'intention).

---

[1] Art. 131 c. marchés publics (décret 15 déc. 1992) : « La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire du marché par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire (…) ».

[2] Civ. 3e, 7 oct. 2009, n° 08-70.030 : « L'article premier de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 permet seulement au maître d'ouvrage privé d'imposer à son cocontractant la prévision, dans le marché de travaux, d'une retenue de garantie ne pouvant excéder 5 % de la valeur définitive du marché. »

[3] Art. 22-1-1 de la loi n°89-1290 du 6 juillet 1989 : « La garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article. » (à savoir un mois de loyer : art. 22 de la loi n°89-1290 du 6 juillet 1989, « Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, il ne peut être supérieur à (loi du 8 février 2008) « un » mois de loyer en principal »).

[4] Voir : Com., 12 juillet 2005, n°03-20365

[5] Art. L 632-1 c. cons. et hab. : « I.-Une location d'un logement meublé constituant la résidence principale du preneur est soumise au titre Ier bis de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986. »

– En revanche, le bailleur peut obtenir un dépôt de garantie : il peut y renoncer, et le remplacer par une garantie autonome[1]. La fonction de la garantie autonome en fait une technique concurrente du dépôt de garantie, mais pas des autres garanties personnelles.

La garantie autonome est également interdite, lorsqu'une *banque prête à un consommateur à raison d'un crédit à la consommation ou immobilier* (art. L 314-19 c. conso.[2]). L'exclusion s'explique par la logique même du prêt. Le remboursement du prêt aura nécessairement lieu dans le futur. Il n'y a aucune dette présente dont le banquier pourrait réclamer le versement (à la manière d'un dépôt de garantie). En conséquence, la garantie autonome est interdite : il sera couvert non pas contre un risque purement hypothétique et futur de non-remboursement, mais contre le risque de l'exécution volontaire (lettre d'intention ou une obligation solidaire) ou de défaillance (cautionnement).

Ces deux exclusions induisent l'idée que la garantie autonome aurait une fonction spécifique, dans la logique du dépôt de garantie, et qu'elle ne serait pas une véritable concurrente des garanties personnelles. Mais cette impression est fausse, car les *cas interdits sont limitatifs*. Il s'ensuit que :

– un garagiste, pour une réparation, peut réclamer une garantie autonome de la part d'un consommateur ;

[1] Art. 22-1-1 de la loi n°89-1290 du 6 juillet 1989 : « La garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article. »

Art. 22 de la loi n°89-1290 du 6 juillet 1989 : « Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, il ne peut être supérieur à *(loi nº 2008-111 du 8 févr. 2008, art. 10-I-1º)* «un mois» de loyer en principal. *(loi nº 2008-111 du 8 févr. 2008, art. 10-I, 2º)* «Au moment de la signature du bail, le dépôt de garantie est versé au bailleur directement par le locataire ou par l'intermédiaire d'un tiers.»

« Un dépôt de garantie ne peut être prévu lorsque le loyer est payable d'avance pour une période supérieure à deux mois; toutefois, si le locataire demande le bénéfice du paiement mensuel du loyer, par application de l'article 7, le bailleur peut exiger un dépôt de garantie.

« Il est restitué dans un délai maximal de deux mois à compter de la *(loi nº 2014-366 du 24 mars 2014, art. 6-I-9º)* «remise en main propre, ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, des clés au bailleur ou à son mandataire *[ancienne rédaction: restitution des clés par le locataire]*», déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu, aux lieu et place du locataire, sous réserve qu'elles soient dûment justifiées. *(loi nº 2014-366 du 24 mars 2014, art. 6-I-9º)* «A cette fin, le locataire indique au bailleur ou à son mandataire, lors de la remise des clés, l'adresse de son nouveau domicile.

« Il est restitué dans un délai maximal d'un mois à compter de la remise des clés par le locataire lorsque l'état des lieux de sortie est conforme à l'état des lieux d'entrée, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu, en lieu et place du locataire, sous réserve qu'elles soient dûment justifiées.

« Lorsque les locaux loués se situent dans un immeuble collectif, le bailleur procède à un arrêté des comptes provisoire et peut, lorsqu'elle est dûment justifiée, conserver une provision ne pouvant excéder 20 % du montant du dépôt de garantie jusqu'à l'arrêté annuel des comptes de l'immeuble. La régularisation définitive et la restitution du solde, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu en lieu et place du locataire, sont effectuées dans le mois qui suit l'approbation définitive des comptes de l'immeuble. Toutefois, les parties peuvent amiablement convenir de solder immédiatement l'ensemble des comptes.»

[2] Art. L 314-19 c. conso. : « La garantie autonome définie à l' article 2321 du code civil ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit relevant des chapitres II et III du présent titre. »

– de même, un banquier peut solliciter une garantie autonome, à raison des prêts consentis à une entreprise, par le dirigeant de la société ou un « vrais tiers ».

– Un bailleur non soumis à la loi n°89-1290 du 6 juillet 1989 (location ne servant pas résidence principale à une personne physique) peut également la réclamer pour le paiement des loyers (baux commerciaux etc...).

Ces exemples montrent que la garantie autonome est une concurrente des autres garanties personnelles. Elle couvre un créancier, même en présence d'une obligation à exécuter dans le futur (prêts) : le prêteur peut consentir un prêt (dette exigible dans le futur) et obtenir une garantie autonome, déconnectée de la dette de base, qu'il déclenchera à la moindre alerte (difficulté de trésorerie du débiteur, rumeur quelconque).

Les exclusions dont la garantie autonome fait l'objet ont un domaine d'application limité à quelques personnes physiques considérées comme faibles (locataires, emprunteurs). L'ordre public est, pour le reste, très conciliant envers le créancier.

b/ La conclusion de la garantie autonome : *un contrat quelconque*

417. La conclusion de la garantie autonome montre qu'il s'agit d'un contrat relativement quelconque. Aucune obligation d'information ou de mise en garde n'est imposée au créancier envers le garant autonome[1].

Aucune condition de forme (analogue à mention manuscrite imposée dans le cautionnement) n'est imposée dans l'article 2321 c. civ. pour la validité de la garantie autonome. Ce contrat quelconque, mais unilatéral, obéit à la règle de preuve posée par l'article 1376 c. civ.[2]. La *mention manuscrite* (simple règle de preuve, comme dans le cautionnement de droit civil) précisera l'obligation de règlement[3]. En revanche, l'obligation de couverture comme sa durée feront l'objet de clauses dactylographiées.

La loi n'impose pas de fixer une *date-butoir* à la demande du créancier pour réclamer le paiement de la garantie autonome.

[1] Com., 30 janvier 2019, n° 17-21.279, Bull. ; Rev. sociétés 2019, p. 221, note Philippe Roussel Galle : (abstrat) « Le créancier bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome. »

[2] Art. 1376 c. civ. : « L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres. »

[3] Contrairement à ce qui est exigée dans la lettre d'intention (Com., 18 juin 2013, n°12-18.890) : il suffit d'identifier la dette, et le silence de la promesse induit une obligation de règlement indéfinie. Supra, n°318.

– Un garant autonome professionnel y songe néanmoins systématiquement. Le créancier pourra actionner le garant pendant une durée déterminée (entre le 1er septembre et le 1er décembre) : actionné après la date-butoir, le garant autonome ne doit rien.

– Si le garant autonome n'en fixe aucune, il sera engagé à durée indéterminée (ce qui est fréquemment le cas, lorsque le garant autonome personne physique garantit des dettes professionnelles futures de sa société, dettes dont l'échéance est inconnue). Mais, conformément au droit commun (art. 1212 c. civ.), le garant autonome peut alors résilier à tout moment (en respectant un délai raisonnable de préavis) : après la date d'effet de la résiliation, le garant n'est plus tenu (de son obligation de règlement, la seule qu'il a souscrite envers le créancier).

L'engagement à durée déterminée ou indéterminée suit donc un régime différent du cautionnement. La caution qui résilie cesse uniquement de couvrir les dettes futures (et continue de pouvoir être actionnée pour les dettes couvertes antérieures). Le garant autonome qui résilie rompt son obligation de règlement.

En revanche, le législateur prévoit explicitement que la garantie autonome est un contrat *conclu en considération de la personne* : selon l'article 2321 al. 4 c. civ., « Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ». Tout changement de créancier en cours d'exécution du contrat décharge le garant autonome, qui ne pourra donc être appelé que par le bénéficiaire au profit duquel il s'est engagé.

– Le montant promis n'est pas une valeur patrimoniale quelconque (comme c'est le cas en présence d'un cautionnement : la caution est tenue envers un créancier, propriétaire actuel du logement[1]). La promesse faite par le garant autonome est personnelle : elle vaut envers tel bénéficiaire (qui n'est pas interchangeable), sauf clause contraire. Le garant autonome s'engage envers tel créancier, et non envers un créancier : l'acquéreur du logement loué ne bénéfice pas de la garantie autonome constituée au profit du vendeur (bailleur).

– Techniquement, la garantie autonomie suit le régime de l'obligation *strictement personnelle*[2] : le garant autonome n'est tenu qu'envers le créancier

[1] A.P., 6 déc. 2004, n°03-10.713, Bull. A.P. n°520 ; D. 2005, p.227 à 229, note Laurent Aynès : « En cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée ». À titre supplétif de volonté, le remplacement du créancier originaire par un tiers est donc perçu comme une modification mineure : il suffira d'informer le débiteur (ou la caution).

[2] *Régime général de l'obligation*, n°306 et suiv., https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212.

originaire. Il ne l'est ni envers l'ayant cause à titre particulier (en cas de cession de créance), ni envers l'ayant cause universel (en cas de décès ou d'absorption du créancier) (Com., 31 janvier 2017[1]), en raison de la confiance particulière qui existe entre le garant autonome et le créancier. La jurisprudence a interprété l'article 2321 al. 4 c. civ. : le texte ne signifie pas que le garant autonome serait tenu (en application du principe de l'obligation personnelle) envers l'ayant cause universel.

Face à la multiplication des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques, un arrêt (Civ. 1ère, 20 juin 2006[2]) a précisé que le *conjoint* doit donner son accord, pour que le créancier puisse saisir l'ensemble des biens communs. L'accord du conjoint n'est pas exigé pour que la garantie autonome soit valable : il s'agit uniquement d'inclure dans le droit de gage général du créancier les biens communs ordinaires, faute de quoi (comme dans le cautionnement), le créancier devra se satisfaire des biens propres et de la fraction saisissable des revenus de l'époux (commun en biens) qui s'engage seul.

(418. à 423. : réservés)

424. En l'état actuel des choses, la **formation de la garantie autonome** n'impose pas le respect de règles de forme. Dans le silence du contrat, le garant autonome comprend qu'il s'engage à première demande (art. 2321 al. 3 c. civ.[3]) et à durée indéterminée.

424-1. En présence d'un engagement qualifié par les parties de « garantie autonome », dans laquelle le déclencheur est subordonné à une défaillance du débiteur, il faudra :

[1] Com., 31 janvier 2017, n°15-19.158, Bull. ; D. 2017. 295 ; AJ Contrat 2017. 190, obs. N. Borga ; RTD civ. 2017. 399, obs. H. Barbier, et 451, obs. P. Crocq ; RTD com. 2017. 393, obs. J. Moury ; Dr. et patr. mai 2017. 92, obs. A. Aynès ; RLDC avr. 2017, p. 22, note M. Bérau et B. Fournier ; RDC 2017. 253, obs. R. Libchaber, et 278, obs. A.-S. Barthez ; Banque et Droit mars-avr. 2017. 81, obs. N. Rontchevsky ; JCP 2017. 310, note P. Simler. V. aussi, J.-J. Ansault, *Le sort de la garantie autonome à l'aune de la restructuration du bénéficiaire*, RD banc. fin. 2017. Étude 6 : (abstrat) « Sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie. »

[2] Civ. 1ère, 20 juin 2006, n° 04-11.037 ; Bull. n° 313 ; D. 2006. 1815, obs. V. Avena-Robardet, et 2539, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; AJ fam. 2006. 330, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2006. 593, obs. P. Crocq, et 816, obs. B. Vareille ; RTD com. 2006. 902, obs. D. Legeais. : « aux termes de l'article 1415 du code civil, chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ; que ce texte est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté ».

[3] Art. 2321 al.3 c. civ. : « Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. »

– 1°/ requalifier le contrat : ce n'est pas une garantie autonome, mais un cautionnement (Com. 13 mars 2024[1]), si du moins la réduction du montant au fur et à mesure des remboursements doit être analysée comme imposant une défaillance.

– 2°/ tirer les conséquences propres de la requalification en cautionnement : plus particulièrement, il faudra respecter les conditions de forme exigées, notamment lorsqu'une caution, personne physique, s'engage envers un créancier professionnel ; exécuter les devoirs secondaires pesant sur le créancier envers la caution : informer sur la défaillance du débiteur; informer annuellement sur la faculté de résiliation.

Si l'arrêt de la chambre commerciale de 2024 avait requalifié le contrat en délégation imparfaite, le délégué aurait dû payer.

II/ L'exécution de la garantie autonome *: une vocation à l'automaticité*

425. L'**exécution de la garantie autonome** doit permettre au créancier de déclencher rapidement sa garantie : d'une part, il demandera tout ou partie du montant convenu, selon l'estimation qu'il fait de l'étendue de l'inexécution de son cocontractant. Le créancier s'attend à ce que le garant s'exécute à première demande, conformément à la force obligatoire des conventions (art. 1103 c. civ.). D'autre part, le créancier n'est tenu envers le garant à aucun devoir secondaire analogue à ceux qui s'imposeraient envers une caution.

Ce résultat a toutefois produit des inconvénients auxquels les juges ont été rapidement confrontés : il a pu être tentant pour certains créanciers d'obtenir paiement à la fois du contrat de base et de la garantie garantie autonome. En droit positif, la force obligatoire de la garantie autonome n'est que quasi-systématiquement admise (1). En revanche, les devoirs secondaires du créancier ont effectivement disparu (2).

1/ La force obligatoire de la garantie autonome

426. La **force obligatoire de la garantie autonome** impose au garant de payer, sans opposer la moindre exception tenant à la dette du débiteur. Le garant autonome ne peut invoquer comme argument qu'un vice dans la formation de sa propre obligation (vice du consentement; vice de capacité …).

Les atteintes portées à la force obligatoire de l'obligation pesant sur le garant autonome sont très limitées. Le garant autonome ne doit pas payer en présence d'une fraude

[1] Com. 13 mars 2024, n°22-15.438, Bull. ; D. 2024. 540 ; BJS juin 2024, n° BJS203a0, note J.-J. Ansault ; Gaz. Pal. 2024, n° 14, p. 6, obs. C. Albiges ; RJDA juill. 2024, n° 422, p. 70 ; JCP E 2024, n° 19-20, p. 34, n° 1139, obs. D. Legeais ; RLDA 2024, n° 205, p. 15, n° 8011, note O. Maraud ; RLDC 2024, n° 226, p. 9, n° 7538, note V. Maurues ; LEDB 2024, n° 5, obs. M. Mignot ; JCP 2024, n° 13, p. 592, n° 415, note F. Dannenberger : engagement stipulé « à première demande » de régler les échéances non honorées d'un plan de redressement.

manifeste (a) et lorsque le débiteur professionnel est soumis à une procédure collective (b).

a/ La limite de la fraude manifeste : *l'abus de droit*

427. La **limite de la fraude manifeste**, commise par le créancier, correspond, en réalité, à un abus de droit. On sait que toute prérogative juridique, exercée dans ses limites objectives (donc en présence d'un fait objectivement licite) peut devenir illicite, quand la prérogative est exercée par son auteur dans le dessein de nuire à autrui[1].

Légalement (en application de la force obligatoire du contrat), le créancier peut affirmer ce que bon lui semble : le garant autonome donne sa parole qu'il paiera sans invoquer la moindre argutie "juridique".

- En présence d'un engagement de payer « à première demande », sans opposer la moindre exception tenant à l'éventuelle dette "de base", l'obligation est contractuellement définie comme étant purement et simplement à la discrétion du créancier. En 1985, la jurisprudence affirme donc que « le fait même apparemment établi que le débiteur ait respecté toutes ses obligations »[2], oblige le garant à s'exécuter.
- La promesse du garant autonome donne lieu à une obligation strictement personnelle (supra n°417). Le garant autonome espère que, bénéficiaire d'une telle promesse, le créancier saura être raisonnable. C'est la raison de fond pour laquelle l'obligation est strictement personnelle.

Le *dessein de nuire du créancier* rend toutefois illicite l'appel en garantie, en application de la théorie de l'abus de droit. La cour de cassation a été confrontée à un cas d'école dans un litige international où un créancier cherchait visiblement à obtenir un double paiement.

- Dans deux arrêts (Com., 11 déc. 1985[3] ; Com., 10 juin 1986), la chambre commerciale a admis que l'appel en garantie pouvait être « *manifestement frauduleux* »[4]. Le créancier (qui agissait sur instruction d'un État étranger)

[1] *Droit de la responsabilité civile*, n°136 et suiv., https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212.

[2] Com., 21 mai 1985, préc. : « Le fait, même apparemment établi, que la société [débitrice] ait rempli toutes ses obligations à l'égard du créancier n'était pas de nature à dispenser le garant de l'exécution de l'accord dont les termes l'obligeaient à payer les sommes garanties à première demande *sans aucun motif allégué* pour l'appel de cette garantie ».

[3] Com., 11 déc. 1985, n°83-14.457 ; Bull. n°292, p.249 ; D.1986, p. 213, note Michel Vasseur ; JCP 1986 n° 20593, note Jean Stoufflet

[4] Com., 10 juin 1986, n°84-17769, Bull. n°117 : « Si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en cas de fraude manifeste ».

cherchait à obtenir le beurre et l'argent du beurre : l'appel en garantie du créancier était donc motivé par un dessein étranger à l'exécution du contrat de base.

– L'article 2321 al. 2 c. civ.[1] consacre cette jurisprudence, avec un ajout supplémentaire : le garant autonome n'a pas à payer en cas de collusion entre le créancier et le débiteur (qualifié de « donneur d'ordre »).

La limite de la fraude manifeste est une application de la théorie de l'abus de droit. Quand une prérogative est détournée de son but et exercée de mauvaise foi (faute intentionnelle), le faux créancier commet un abus de droit. Le garant autonome ne paiera pas.

Cette fraude manifeste n'est que rarement admise en jurisprudence. La plupart des arrêts qui rejettent l'appel en garantie se bornent à constater que les *conditions ne sont objectivement pas remplies*.

– Ainsi, « la conscience de l'absence de droit » (Com., 17 mars 2004[2]) sera caractérisée, lorsque le créancier invoque une dette de base que ne couvre pas la garantie autonome[3]

– ou lorsqu'il réclame exécution après le délai d'appel en garantie[4].

Ces cas sont étrangers à la fraude manifeste : le créancier est dépourvu de droit[5]. La réserve de la fraude manifeste n'a donc pas pour fonction de reconnecter l'obligation du garant autonome à la dette de base : il s'agit uniquement d'interdire l'appel en garantie lorsqu'il réalise un abus de droit (ce qui suppose la réunion de conditions véritablement exceptionnelles). Un banquier, prêteur, pourrait parfaitement actionner un dirigeant de société, alors même que sa société (débiteur) rembourse correctement le

[1] Art. 2321 al.2 c. civ. : « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. » On note l'adjectif « manifestes », au pluriel, signifiant donc que l'abus doit être manifeste, comme la fraude.

[2] Com., 17 mars 2004, n°02-18.354, inédit.

[3] Com., 5 mai 2015, n°13-20502, 13-20616, 13-22682 et 13-27995, Bull. (crédit documentaire appliqué à un autre contrat).

[4] Com., 12 juillet 2005, n°03-20365, Bull. n° 161 : (abstrat) « d'une part, que selon le contrat, la réclamation devait être formulée par lettre recommandée ou télex codé, et reçue avant cette date [à savoir le 31 déc. 1995], et, d'autre part, qu'une réclamation conforme aux stipulations de la lettre de garantie n'avait été reçue par la banque qu'après cette date [le 2 janvier 1996]. »

[5] Pour un appel irrégulier (défaut de pouvoir de disposer) : Com., 10 février 2015, n° 12-26.580, Bull. : « Est irrégulière une demande de paiement d'une garantie à première demande formée par l'avocat du bénéficiaire, à laquelle n'est pas joint un pouvoir spécial à cet effet. » ; Com., 5 mai 2015, n° 13-20.502, 13-20.616, 13-22.682 et 13-27.995, Bull. ; revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 53, note Juliette Morel-Maroger : (abstrat) « le crédit documentaire ne peut être réglé par la banque qu'après vérification de l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit sur présentation des documents conformes à ceux prévus dans l'accréditif. Il en résulte qu'un règlement pour une autre cause ne peut être justifié que par un nouvel accord entre le donneur d'ordre et la banque. »

prêt. Mais une seconde limite, très timide elle aussi, résulte du droit contemporain de la faillite.

427-1. La **fraude manifeste** a été affirmée lors de l'affaire ayant donné lieu aux arrêts Com., 11 déc. 1985 et Com., 10 juin 1996. Ces arrêts ont ceci de commun que les contrats avaient été conclus par une entreprise française avant la Révolution iranienne de 1979, et que l'appel en garantie avait eu lieu après le changement de régime. Il s'agissait probablement d'une affaire d'État liée au contentieux Eurodif opposant les gouvernements français et iranien[1]. Après la révolution iranienne, l'État français refusa de livrer l'uranium enrichi et de restituer le « milliard d'Eurodif » : pour récupérer ses fonds, l'État iranien incita très probablement les maîtres d'œuvre iraniens à faire appel à la garantie autonome.

b/ La procédure collective de sauvegarde du débiteur professionnel : *l'opposabilité par le garant autonome personne physique*

428. La **procédure collective de sauvegarde** applicable au débiteur professionnel donne lieu à une seconde limite, que seul peut invoquer le garant autonome personne physique. L'hypothèse est curieuse au regard de l'équation propre que réalise la garantie autonome : visiblement, le créancier a tardé à déclencher sa garantie autonome.

L'interférence ponctuelle entre la force obligatoire du contrat de garantie autonome et le droit des procédures collectives s'explique par le fait que certains créanciers (en pratique des banques) obtiennent de la part de *dirigeants de société* (ou de leurs proches) non plus des cautionnements, mais des garanties autonomes.

– On sait que le législateur contemporain cherche à inciter le dirigeant de société à se placer sous le régime de la sauvegarde, avant que la société (débiteur) ne cesse ses paiements : la caution, personne physique, qui risque de perdre l'intégralité de son patrimoine, bénéficie du plan de sauvegarde, c-à-d. de l'échelonnement des dettes (qui ne sont donc pas payées à l'échéance initialement prévue).

– On sait également que le législateur rend largement opposable ce plan de sauvegarde : les personnes physiques, cautions ou garants principaux (coobligés, promettant d'intention ou de porte-fort), ne seront pas appelées, parce que l'échéance de la dette est retardée : envers le garant, personne physique, il s'agit d'une exception inhérente à la dette.

[1] Dans les années 1970, la France avait lancé son programme Eurodif, destiné à lui assurer une autonomie nucléaire, projet que l'État iranien finança à hauteur de 10%, en fournissant 1 milliard de $, en contrepartie de quoi l'État français s'engagea à fournir de l'uranium enrichi à l'État iranien.

– Le législateur impose la même solution aux garants autonomes personnes physiques : le plan de *sauvegarde* (avec suspension des intérêts et étalement des dettes) sera opposable au créancier (art. 628-22 c. com.[1]). Dans la logique du droit de la faillite, la solution se comprend, puisque la garantie autonome est une sûreté personnelle : ce qui importe, c'est que le dirigeant de société n'hésite pas à se placer en procédure de sauvegarde.

Cette mesure cadre toutefois assez mal avec la logique propre de la garantie autonome. Visiblement, le *créancier a attendu* avant de déclencher sa garantie. Pourquoi ?

– Pour le créancier, tant que le débiteur rembourse, l'appel en garantie n'est pas nécessaire. L'essentiel est que le garant autonome, personne physique, paye à première demande, sans opposer d'arguments "juridiques".

– Aux yeux du législateur, l'objectif réel du créancier est d'obtenir un recours (sur le patrimoine personnel du garant) en cas de défaillance du débiteur, ce qui est la fonction substantielle du cautionnement. Le législateur reconnecte alors la garantie autonome à la dette de base : c'est une seconde résurgence, avec l'appel manifestement abusif.

L'opposabilité par le garant autonome, personne physique, du plan de sauvegarde montre clairement que le législateur sait parfaitement dans quel contexte les garanties autonomes sont souscrites : la garantie autonome ne fait pas concurrence au dépôt de garantie (ce qui aurait pu être, juridiquement, son but : supra n°406), mais au cautionnement et autres sûretés personnelles.

429. La résurgence du lien entre la dette et le montant dû par le garant autonome apparaît également en présence d'une **succession acceptée à concurrence de l'actif net**. Selon l'article 792 c. civ.[2], la forclusion de créance encourue par le créancier qui ne déclare pas sa créance dans le délai de quinze mois lui interdira toute action contre les garants personnels. Le texte précise qu'il ne dispose d'action ni contre la caution ou le coobligé, ni contre le garant autonome.

Selon l'article 792 c. civ., la dette disparaît objectivement en cas de forclusion de créance pour défaut de déclaration de créance à la succession acceptée à concurrence de l'actif net. En l'état

[1] Art. 628-22 c. com. : « Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous les intérêts de retard et majorations (...). Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (...) peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. »

[2] Art. 792 c. civ. : « Les créanciers de la succession déclarent leurs créances en notifiant leur titre au domicile élu de la succession. Ils sont payés dans les conditions prévues à l'article 796. Les créances dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées à titre provisionnel sur la base d'une évaluation.

« Faute de déclaration dans un délai de quinze mois à compter de la publicité prévue à l'article 788, les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte. »

actuel d'une jurisprudence encore mal fixée (supra n°123), cette solution serait dérogatoire. En *régime général des obligations*, la dette demeure objectivement, mais le débiteur est libéré en cas de forclusion de créance (alors que la dette disparaît objectivement en cas de prescription extinctive).

En présence d'un *garant autonome* qui décède et dont la succession est acceptée à concurrence de l'actif net, la garantie autonome (comme toute sûreté personnelle) suit le régime de la dette qu'elle garantit (art. 792 al. 2 c. civ.). Le créancier se voit donc imposer une connexion entre sa créance et toute sûreté personnelle : soit il déclare sa créance à la succession (ou actionne le garant autonome), et le garant autonome est tenu ; soit le créancier subit la forclusion pour défaut de déclaration au passif, sans pouvoir actionner le garant autonome. Le législateur impose ponctuellement une connexion entre les deux dettes (qui ne sont donc pas aussi indépendantes l'une de l'autre).

Cette solution possède un *domaine d'application borné* : en présence d'une succession acceptée purement et simplement, il n'existe aucune forclusion de créance, de sorte que l'héritier est tenu, personnellement et indéfiniment sur son patrimoine personnel, de la garantie autonome souscrite par son auteur.

2/ L'absence de devoirs secondaires pesant sur le créancier

430. L'**absence de devoirs secondaires** pesant sur le créancier envers le garant autonome est une application courante du droit des garanties personnelles (obligation solidaire, promesse d'intention ou de porte-fort). L'article 2321 c. civ. n'établit à la charge du créancier aucun devoir secondaire envers le garant autonome.

Sauf clause contraire, le créancier ne transmet pas les sûretés réelles détenues sur le débiteur « de base »[1]. Aucune information sur la défaillance de ce dernier n'est imposée, puisque cette condition n'est pas requise pour mettre en œuvre la garantie autonome (le créancier réclamant « à première demande »).

En présence d'un garant autonome, *personne physique*, les protections dont bénéficie la caution sont pareillement inapplicables : aucune information annuelle n'est exigée, ni aucune proportionnalité entre le montant de la somme réclamée par le créancier et la fortune et revenus du garant autonome.

(431- à 433. : réservés)

434. Dans l'ensemble, l'exécution de la garantie autonome apparaît donc comme une sûreté personnelle particulièrement efficace pour le créancier. Il la déclenche à tout

[1] Manuella Bourassin, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2026, n°610, p.420

moment, en présence d'une simple crainte d'impayé, à raison d'une obligation qui n'est pas nécessairement née.

Le créancier est garanti contre un *risque amont très inclusif*. Malgré certains rapprochements avec la logique préventive du dépôt de garantie (la garantie autonome ne peut pas être souscrite par une personne physique pour garantir les dettes de loyer), la logique de la garantie autonome est beaucoup plus extensive. Elle est une concurrente des autres sûretés personnelles, sauf exclusions légales (crédits à la consommation ou immobilier d'un consommateur ; opposabilité du plan de sauvegarde du débiteur professionnel, lorsque le garant autonome est une personne physique).

La liberté contractuelle des parties n'est que faiblement encadrée par l'ordre public. Lorsque les biens communs sont engagés, le conjoint doit autoriser l'époux qui se porte garant autonome : c'est également le cas dans le cautionnement. La garantie autonome ne peut pas être mise en œuvre en présence d'une fraude manifeste du créancier, ce qui est une limite faiblement contraignante pour le créancier. Il faudra chiffrer l'obligation de règlement du garant autonome, mais la mention manuscrite est une simple règle de preuve[1].

Pour le reste, tout est possible : le garant autonome peut « considérer » (couvrir) des dettes présentes comme futures, dont l'évolution ne donne lieu à aucune information ; il peut être appelé à tout moment par le créancier (sauf sauvegarde, supra ; sauf à avoir fixé une date-butoir). Or, si la dette du débiteur est simplement potentielle, par qui le garant autonome pourrait-il être remboursé ?

III/ Le recours en remboursement du garant autonome : *le silence de la loi*

435. Le **recours en remboursement du garant autonome** ne fait l'objet d'aucune disposition dans la loi. Deux voies légales sont concevables.

Selon la première, le garant peut tenter d'obtenir un remboursement de la part du *débiteur* dont il a garanti la dette. Mais si aucun contrat n'a été spécialement conclu entre eux, ce recours personnel pourra buter sur certaines difficultés : la principale d'entre elles serait que la dette ne soit pas due par le débiteur.

Selon la seconde, notamment si la voie du recours personnel contre le débiteur s'avère impraticable, le garant autonome peut tenter de se retourner contre le *créancier* lui-

[1] La qualité de dirigeant de société étant un « élément extrinsèque » venant automatiquement compléter une mention manuscrite déficiente : Com., 18 mai 1999, n°96-13.796, Bull. n°103. Supra, cautionnement, n°166.

même : en affirmant donc que son paiement était indu (par la voie de l'enrichissement injustifié), mais il faudra alors attendre d'en être complètement certain.
Le recours personnel contre le débiteur (1) sera vraisemblablement exercé, et, en cas d'échec, le recours contre le créancier (2) sera exploré par le garant autonome.

1/ Le recours personnel contre le débiteur : *un donneur d'ordre implicite ?*

436. Par le **recours personnel** contre le débiteur, le garant autonome tentera d'obtenir un remboursement de la part du débiteur. Dans ce cas de figure, de deux choses l'une :
Soit le garant autonome et le débiteur ont *conclu un contrat*, concomitant à l'engagement souscrit par le garant autonome envers le créancier. Lorsque, dans les années 1980, les banques ont inventé ce type de garantie, elles ont systématiquement imposé au débiteur de rembourser le garant autonome, lorsqu'il était appelé en garantie. La convention conclue entre le débiteur et le garant autonome sert alors de titre juridique au recours du garant[1] (lequel peut alors, pour se prémunir contre une défaillance du débiteur, constituer sur lui une sûreté réelle). Le fait de qualifier le débiteur de « donneur d'ordre » (art. 2321 al. 2 c. civ.[2]), terme employé par les banques, indique que le débiteur est en relation (contractuelle) avec son garant. Le montant du remboursement incluant les intérêts de retard et les frais de l'intervention est alors contractuellement prévu : le garant sera remboursé que la dette du débiteur soit due ou non.
Soit le garant autonome n'a conclu *aucun contrat avec le débiteur*, solution fréquente lorsqu'une personne physique s'engage en tant que garant autonome. Dans ce cas, la voie de l'enrichissement injustifié lui est ouverte (art. 1303 c. civ.[3]) : toutefois, là encore, il existe une condition légale, à savoir que le paiement effectué par le garant autonome ait effectivement enrichi le débiteur (dont la dette est payée).

[1] Com., 7 juin 1994, n°93-11.340, Bull. n° 202 (recours en restitution du débiteur contre le bénéficiaire) : (abstrat) « Le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire, à charge pour lui d'établir que celui-ci en a reçu indûment le paiement, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles, par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute du cocontractant bénéficiaire de la garantie ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste, comme en cas d'opposition préventive à l'exécution de la garantie par le garant. »

[2] Art. 2321 al. 2 c. civ. : « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. » Un donneur d'ordre est vraisemblablement un contractant, puisqu'il faut bien un titre juridique pour « donner un ordre ».

[3] Art. 1303 c. civ. : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. »

– Il faudra donc attendre que la dette du débiteur de base soit effectivement valable, exigible et non exécutée par lui : ce n'est qu'à l'expiration du bail, éventuellement renouvelé par tacite reconduction, que l'on saura si oui ou non, le débiteur a commis des dégradations dans le local.

– En revanche, le débiteur ne sera pas enrichi par le paiement si la dette de base est éteinte (du fait de l'exécution correcte ou de la prescription extinctive) ou soumise à une exception (d'inexécution ou de nullité) issue du contrat de base.

En cas d'enrichissement injustifié, les intérêts dus par le débiteur ne courent que de la date de la mise en demeure, lorsque la dette est exigible.

Le recours du garant autonome exercé contre le débiteur est donc soumis à des conditions tenant à la réalité et à l'exigibilité de la dette de base, ce qui peut inclure la défaillance et l'insolvabilité du débiteur. Entre le moment où le garant autonome est appelé par le créancier et celui de son recours en remboursement, il pourra donc exister une longue période de temps nécessaire pour identifier qui a été effectivement enrichi (soit le débiteur, soit le créancier) par le paiement du garant. Une fois cette identification du véritable débiteur effectuée, le garant autonome saura qui mettre en demeure de rembourser : les intérêts du recours personnel courant non pas à compter du paiement, mais à compter de l'identification du véritable débiteur.

2/ Le recours du garant autonome contre le créancier

437. Le **recours du garant autonome contre le créancier** sera exercé, lorsque le garant autonome est privé de tout recours contre le débiteur, parce que le paiement du garant autonome ne l'a pas enrichi (absence de dette, dette éteinte). Il convient alors d'appliquer le droit commun de l'enrichissement injustifié.

Dans la logique du dépôt de garantie[1], versé au créancier, la restitution devra être effectuée par le créancier, lorsqu'il est certain que la dette (future et hypothétique) n'est pas due. Ainsi, lorsque le locataire n'a commis aucune dégradation dans le local : ce recours en remboursement du garant autonome contre le créancier suppose d'attendre

[1] Art. 101 c. des marchés publics : « La retenue de garantie est remboursée ou les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les sûretés sont libérées un mois au plus tard après la date de leur levée. »

l'extinction complète et définitive du contrat de base[1]. Protégé contre le risque de contestation de la dette, le créancier ne remboursera que tardivement.

L'hypothèse d'un recours contre le créancier est également envisageable, lorsque le débiteur ne devait pas, partiellement ou totalement, la dette (prescrite, nulle, faisant l'objet d'une exception d'inexécution) : le créancier est alors injustement enrichi[2]. La dette de base est indue, pour la fraction qui excède la compensation des créances connexes.

Ponctuellement, toutefois, le garant autonome paiera à fonds perdus. En cas de forclusion de créance pour défaut de déclaration de créance au passif, le débiteur est déchargé en raison de sa protection personnelle (Com., 12 juillet 2011[3]), mais la dette objective demeure envers le créancier. Le garant autonome est alors privé de recours.

Conclusion du §2e/ La garantie autonome

438. La **garantie autonome** possède une efficacité qu'un créancier ne négligera pas : les limites fixées par l'ordre public sont peu contraignantes. Une personne physique ne peut se porter garant autonome pour garantir les loyers et les crédits bancaires accordés à un consommateur ; la prétention manifestement frauduleuse du créancier ne donne lieu à aucune exécution (art. 2321 c. civ.), le garant autonome personne physique peut opposer le plan de sauvegarde.

Sous ces réserves, la validité de la garantie autonome et sa force obligatoire sont acquises sans formalisme : une mention manuscrite se borne à établir l'obligation de règlement ; le conjoint autorise l'opération, pour que les biens communs soient engagés. Le recours en remboursement exercé par le garant autonome sera probablement tardif : il faudra attendre la rupture du contrat conclu entre le débiteur et le créancier.

L'efficacité de la garantie autonome bute néanmoins sur un obstacle : face à un garant autonome récalcitrant, le créancier devra solliciter l'exécution de droit commun. Toutefois, il est possible de contourner cette exigence, si, dès la constitution de la garantie autonome, le garant remet un chèque (non daté) au créancier et accepte que ce

[1] En droit de la construction : Civ. 3e, 8 novembre 2018, n° 17-20.677, Bull. : « La libération de la retenue de garantie par le maître de l'ouvrage à un sous-traitant est subordonnée à la réception des travaux. »

[2] Crim., 31 mai 2016, n°13-25.509, Bull. ; D. 2016. 1196 : (abstrat) « Si, après la mise en œuvre d'une garantie à première demande, le donneur d'ordre réclame au bénéficiaire de celle-ci le montant versé par le garant qu'il estime ne pas être dû, ce litige, eu égard à l'autonomie de la garantie à première demande, ne porte que sur l'exécution ou l'inexécution des obligations nées du contrat de base (...) ».

[3] Com., 12 juillet 2011, n°09-71.113, Bull.

dernier inscrive la date (Com., 22 septembre 2015[1] ; Com., 4 février 2026[2]). Le créancier bénéficie alors d'une garantie cambiaire.

439. Les **garanties cambiaires**[3] imposent au garant de verser une somme sur présentation d'un titre (chèque, lettre de change), sans pouvoir opposer d'exception autre que celle légalement et limitativement prévue (le plus souvent, pour absence de provision ou irrespect de la forme). Parmi les garanties cambiaires, certaines ne sont plus des sûretés ; d'autres le sont restées :

Certaines de ces techniques formelles (chèque[4], lettre de change[5]) sont devenues un mode (principal) de paiement. Le porteur du chèque (créancier) le présentera à l'encaissement, et la banque du débiteur versera la provision[6] : ce mode principal de paiement, qui éteint la dette, ne répond pas à la fonction de la sûreté personnelle (à savoir procurer un paiement de substitution).

D'autres techniques cambiaires sont, en revanche, des sûretés personnelles. L'aval[7] est un cautionnement soumis au droit cambiaire[8] (l'avaliste étant tenu comme un garant autonome) ; le chèque et la lettre de change contiennent des sûretés personnelles qui apparaissent en présence d'un incident de paiement[9]. Dans la cession Dailly (cession fiduciaire : infra), la liberté contractuelle des parties peut conduire le cédant (acceptant) à renoncer à l'opposabilité des exceptions.

---

[1] Com., 22 septembre 2015, n° 14-17.901, Bull. ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 17, note Caroline Houin-Bressand : absence d'utilisation frauduleuse d'un chèque non daté car (abstrat) « l'absence de datation du chèque lors de sa création résultait d'un accord non équivoque et qu'en portant le chèque à l'encaissement après qu'il eut été complété par une date, le bénéficiaire du chèque n'avait fait que lui conférer l'usage de chèque de garantie qui lui était conventionnellement destiné par les parties. »

[2] Com., 4 février 2026, n° 23-14.413 (n° 39 F-B) ; « Il résulte des articles L. 131-2, L. 131-3 et L. 131-69 du code monétaire et financier que le tireur doit apposer sur le chèque la date à laquelle celui-ci est créé. À défaut, le titre ne vaut pas chèque. Si le bénéficiaire [du chèque] peut apposer la date à la place du tireur, ce n'est qu'avec l'accord non équivoque de ce dernier. La cour d'appel a constaté que les titres litigieux n'étaient pas datés lors de leur remise à M. [T] et que celui-ci y a apposé la date du 21 février 2017 sans l'accord de M. [K]. Il en résulte que ces titres ne pouvaient valoir comme chèques, de sorte que M. [T] n'était pas recevable à se prévaloir d'une action cambiaire à l'encontre de M. [K]. »

[3] Cambiaire : de l'italien cambio, change. Le cambiste est un professionnel qui effectue des opérations de change.

[4] Art. L. 131-35 al. 2 c. mon. et fin.: « Il n'est admis d'opposition au paiement par chèque qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse du chèque, de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires du porteur. Le tireur doit immédiatement confirmer son opposition par écrit, quel que soit le support de cet écrit. (...) ».

[5] À la différence du chèque, la lettre de change peut circuler (être endossée par plusieurs sous-créanciers) et le dernier en date des créanciers réclamera paiement au tiré (débiteur initial, garanti par les endosseurs successifs).

[6] La banque n'engage pas son patrimoine personnel : quand elle verse la provision (sa dette), la compensation joue le rôle d'un recours immédiat en remboursement contre le véritable débiteur (dont le compte est débité). Le chèque n'est donc pas une véritable sûreté personnelle. C'est également le cas avec la lettre de change (dont l'emploi est réservé aux commerçants) :

[7] L'avaliste (similaire à une caution) sera actionné en cas de défaut de paiement du véritable débiteur.

[8] L'avaliste est soumis au régime cambiaire : il ne peut opposer aucune exception. Voir : Civ. 1ère, 19 déc. 2013, n°12-25.888 ; D. 2014, p. 76, note Valérie Avena-Robardet ; Revue Lamy droit des affaires, 2014, Act., n°4960, note Angélique Farache ; RLDC 2014, Act., n° 5306, note Julie Clavel-Thoraval ; revue Banque et droit, n° 153, janvier-février 2014, p. 46-47, note Emmanuel Netter : (abstrat) « L'aval, en ce qu'il garantit le paiement d'un titre dont la régularité n'est pas discutée, constitue un engagement cambiaire gouverné par les règles propres au droit du change, de sorte que l'avaliste n'est pas fondé à en invoquer la disproportion manifeste à ses biens et revenus en application des règles propres au cautionnement ».

[9] Si le tiré (banque insolvable) ne peut pas verser la provision, le débiteur (émetteur du chèque) ou les endosseurs de la lettre de change devront payer pour garantir au créancier le versement de la dette.

440. L'**aval** est une technique garantissant le paiement d'une lettre de change (art. L 511-21 c. com.[1]), et plus généralement d'un effet de commerce (comme un billet à ordre). À défaut de paiement par le débiteur, l'avaliste devra payer : à la différence du cautionnement, l'aval est soumis au seul droit cambiaire.

Lorsque l'avaliste est une personne physique (fréquemment un dirigeant de société), cette dernière ne bénéficie d'aucune protection analogue à celle du bénéficie la caution. La banque n'est tenue à aucun devoir d'information (Com., 20 avril 2017[2]), ni à raison de la défaillance du débiteur, ni sur l'évolution annuelle de la dette (Com., 16 juin 2009[3]). L'avaliste d'une lettre de change ne peut pas invoquer la disproportion manifeste entre le montant de son engagement et celui de sa fortune (Com., 30 oct. 2012[4]).

Contrairement au cautionnement, l'aval est soumis à l'inopposabilité des exceptions (ainsi qu'à l'indépendance des signatures) : la nullité de la dette ne peut pas être invoquée par l'avaliste. Il suffit que l'aval soit conforme aux formalités exigées : le donneur d'ordre (avaliste) ne peut qu'invoquer le vice de forme.

441. La **lettre de change** est une garantie « de bonne fin » qui pèse sur chacun des endosseurs (celui qui a reçu paiement de son débiteur par la lettre de change va pouvoir transférer cette lettre à son propre créancier : il endosse, en signant). Chacun, en endossant, reconnaît qu'il est débiteur envers celui à qui la lettre de change a été transmise ; comme tous les signataires sont solidairement tenus, plus il y a d'endossements, plus la garantie est grande (le

[1] Art. L 511-21 c. com. : « Le paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval.
« Cette garantie est fournie par un tiers ou même par un signataire de la lettre.
« L'aval est donné soit sur la lettre de change ou sur une allonge, soit par un acte séparé indiquant le lieu où il est intervenu.
« Il est exprimé par les mots " bon pour aval " ou par toute autre formule équivalente ; il est signé par le donneur d'aval.
« Il est considéré comme résultant de la seule signature du donneur d'aval apposée au recto de la lettre de change, sauf quand il s'agit de la signature du tiré ou de celle du tireur.
« L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur.
« Le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant.
« Son engagement est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme.
« Quand il paie la lettre de change, le donneur d'aval acquiert les droits résultant de la lettre de change contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu de la lettre de change. »

[2] Com., 20 avril 2017, n° 15-14.812, Bull. ; revue Droit et procédures, droit du recouvrement, avril 2017, p. 7, note Olivier Salati ; Gaz. Pal. 2017, n° 21, p. 14, note Jérôme Lasserre Capdeville ; RJDA 2017, n° 494 : (abstrat) « L'aval, en ce qu'il garantit le paiement d'un titre dont la régularité n'est pas discutée, constitue un engagement cambiaire gouverné par les règles propres du droit du change, de sorte que l'avaliste n'est pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque, bénéficiaire du billet à ordre, pour manquement à un devoir d'information. »

[3] Com., 16 juin 2009, n°08-14.532, Bull.; Revue Lamy droit des affaires, 2009, Actualités, n° 2479, p. 43, note Diane Carolle-Brisson ; D. 2009, p. 1755 à 1756, note Xavier Delpech : (abstrat) « L'aval qui garantit le paiement d'un titre cambiaire ne constitue pas le cautionnement d'un concours financier accordé par un établissement de crédit à une entreprise. En conséquence, l'avaliste ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, relatives à l'obligation d'information annuelle de la caution. »

[4] Com., 30 octobre 2012., n°11-23.519 ; Bull. ; D. 2012, p. 2588, note Xavier Delpech ; RLDC 2012, Actualités, n° 4897, p. 31, note Gaëlle Marraud des Grottes ; Gaz. Pal. 2012 n°347-348, p.12-13, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand ; revue Banque et droit, n° 146, novembre-décembre 2012, p. 54-55, note François Jacob ; Revue Lamy droit des affaires, 2012, Actualités, n° 4360, p. 30, note Victoria Mauriès.

nombre de codébiteurs solidaires s'accroît). Le porteur final pourra donc, si le tiré est défaillant, agir contre le tireur, et ainsi de suite contre tout endosseur.

Chacun des endosseurs (signataires) est non seulement codébiteur solidaire, mais aussi privé de l'opposabilité des exceptions (art. 511-12 c. com.[1]). Il n'existe en réalité que de très rares exceptions à cette *inopposabilité des exceptions* : le vice (apparent) de forme de la lettre de change ; la contrefaçon de signature ; la minorité du signataire (art. 511-5 al.1er c. com.) ou sa qualité de consommateur[2] ; la mauvaise foi du porteur[3]. Le principe de l'indépendance des signatures (art. 511-5 al.1er et 2 c. com.) vient aussi renforcer celui de l'inopposabilité des exceptions : en cas de fausse signature, la lettre de change n'est pas nulle ; seule la signature fausse l'est.

Pour accroître encore la sécurité de la lettre de change, un endosseur peut imposer la constitution d'un gage (endossement pignoratif : art. 511-13 al.4 c. com.) : le porteur devient donc à la fois créancier (avec la garantie de tous les endosseurs précédents) et gagiste (il peut donc faire vendre le bien huit jours après une signification –sommation– délivrée au débiteur : 521-3 c. com. ; ou opter pour l'attribution judiciaire, avec compensation entre la valeur estimée du gage et le montant de la créance).

La provision, affectation d'un bien (créance, somme d'argent, bien corporel) au paiement, suit un régime obscur : le porteur de la lettre de change devient propriétaire de la provision dès sa constitution par le tiré[4]. Cette provision échappe aux autres créanciers : le porteur exerce une action en revendication (en tant que propriétaire), qui éteint la créance. Mais concrètement, comment savoir si une provision (une somme d'argent) est constituée, même inscrite sur un compte spécial[5] ?

442. En présence d'une **cession Dailly**, par laquelle un créancier (une banque) devient propriétaire des créances professionnelles que détenait le débiteur sur sa clientèle professionnelle, sûreté personnelle et sûreté réelle se cumulent.

Le banquier devenu propriétaire en titre des créances dispose d'une action directe contre les sous-débiteurs (dès que la cession fiduciaire leur est notifiée), mais sa propriété a vocation à n'être que temporaire : le banquier attend le paiement effectif de son débiteur. Ce propriétaire fiduciaire impayé à raison des créances cédées dispose d'une action récursoire contre son propre débiteur principal, lequel demeure donc tenu de la dette : le débiteur est à la fois débiteur

[1] Art. 511-12 c. com. : « Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

[2] Ainsi, le consommateur qui souscrira it un emprunt immobilier ou à la consommation (art. 313-13 c. conso. ; art. 511-5 al.2 c. com. implicitement)

[3] Com., 26 juin 1956, *Worms-Salmson*, JCP 1956.II.9600, note Roblot : qui exige la conscience, de la part de l'endosseur, au moment où la lettre de change lui est remise, de causer un dommage au débiteur cambiaire.

[4] « *La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change* » (art. 511-7 al.3 c. com.).

[5] Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, Bull. ; Dalloz 2013, p.1594 à 1599, note Frédéric Danos ; JCP E, 2013, n°1434, p. 23 à 27, spéc. n° 5, p. 25, note Philippe Pétel ; Bulletin Joly Entreprises en difficulté, n° 4, juillet-août 2013, n° 110c2, p. 226-227, note Maud Laroche ; JCP G, 2013, n°897, p. 1539 à 1545, spéc. n° 3, p. 1540, note Marc Billiau : (abstrat) « Une demande en restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur ».

principal à raison du crédit qui lui a été consenti et garant personnel du paiement des sous-débiteurs cédés (Com., 20 oct. 2009 [1]).

La cession-Dailly produit des effets proches de la lettre de change, à laquelle elle est parfois assimilée : si le sous-débiteur cédé accepte[2] la cession, en respectant les formes légales imposées à peine de nullité de l'acceptation (art. 313-29 c. mon. et fin.), aucune exception tirée des rapports personnels entre le signataire du bordereau (cédant) et lui-même ne peut être invoquée[3]. La cession Dailly est alors une garantie indépendante et une garantie réelle (par la propriété des créances).

(443. à 489 : réservés)

[1] Com., 20 octobre 2009, n°08-18.233 : (abstrat) « Lorsque la cession de créance professionnelle est effectuée à titre de garantie d'un crédit, le cédant reste tenu, en sa qualité de débiteur principal, vis-à-vis de l'établissement cessionnaire lui ayant accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif du débiteur cédé. ».

[2] L'acceptation suppose le respect de la forme exigée par l'art. 313-29 c. mon. et fin. Voir : Com., 3 novembre 2015, n°14-14.373, Bull.

[3] Com., 29 oct. 2003, n°01-02512, Dalloz 2004.Somm., p.1969, obs. A. Boujeka

Conclusion de la section 2ème Les garanties personnelles indépendantes

490. Les **garanties personnelles indépendantes** obligent le garant à verser une somme dissociée de la dette effectivement due au créancier, grâce au mécanisme de l'inopposabilité des exceptions.

Le créancier sera couvert contre un risque amont, incluant le risque de contestation de la dette, puisque la dette du débiteur sera indifféremment présente ou future, certaine ou hypothétique.

- Le garant indépendant peut opposer deux exceptions, à savoir la fraude manifeste du créancier et, s'il est une personne physique, les délais du plan de sauvegarde dont bénéficie le débiteur professionnel.
- Le montant dû au créancier diffère dans la délégation imparfaite et dans la garantie autonome. Dans la délégation imparfaite (et non dans la garantie autonome), le créancier ne peut pas obtenir davantage que la plus forte des deux sommes dues par le délégué et le délégant.

Le garant indépendant *s'associe à une somme*, non à la dette : contrairement à la garantie principale (dans laquelle le garant s'associe à la dette, sans égard à la somme), la garantie indépendante n'aura un objet déterminé que si la somme à verser au créancier est déterminable[1].

Pour exercer leur recours en remboursement, contre le débiteur voire le créancier, le garant devra attendre d'identifier celui qui a été véritablement enrichi par le paiement.

[1] Dans la délégation-sûreté, la somme doit être mentionnée (art. 1376 c. civ.) ; l'inopposabilité des exceptions est prévue à titre supplétif de volonté (art. 1336 al. 2 c. civ. : « Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. »).

Conclusion du chapitre 2ème
Les garanties personnelles

491. Les **garanties personnelles** reprennent chacune un des deux aspects fondamentaux du cautionnement. La garantie principale associe à la dette (sans préciser la somme à verser), la garantie indépendante associe à la somme (sans se référer à la dette couverte) : l'objet du cautionnement suppose à la fois d'identifier la dette couverte et la somme à verser (obligation de règlement).

La garantie principale couvre le créancier contre le *risque de l'exécution volontaire*, à raison d'une dette dont la validité n'est pas contestée, ni dans son existence, ni dans son quantum. Faisant masse avec le véritable débiteur, le promettant d'intention ou le coobligé non intéressé à la dette couvre la dette, présente ou future, à naître à durée déterminée ou indéterminée. Peu importe le montant de la dette : l'obligation de règlement n'a pas à être spécifiée. Le groupe garantit la dette.

La garantie indépendante couvre le créancier contre le *risque de formation de la dette*, parce que la somme à verser est fixée objectivement. Le garant autonome ou cambiaire fixe le montant de leur obligation de règlement, par une somme déterminée ou déterminable. Peu importe la réalité ou le quantum de la dette couverte : elle sera présente ou future, certaine ou hypothétique, à naître dans un laps de temps fixe ou indéterminé. Le garant indépendant garantit la somme.

Le cautionnement est la combinaison de ces deux techniques : la caution s'engage dans la double limite de la dette couverte et impayée et d'une certaine somme. Le déclencheur sera tardif, et ne couvre le créancier que contre le *risque de l'exécution forcée* : il faut préalablement s'assurer que la dette est due et de son quantum, sachant que le créancier encourt différentes déchéances quand il manque à des devoirs secondaires qui n'existent que dans le cautionnement. L'association entre la caution et le débiteur est alors moins intense : la caution qui remplace le débiteur défaillant se substitue au créancier pour obtenir remboursement par le débiteur.

La sûreté personnelle, au sens large et générique du terme, consiste ainsi à couvrir un risque spécifique que génère la dette d'autrui. Techniquement, le garant personnel paye quand une condition (événement futur et incertain) s'accomplit. Mais les parties,

créancier et garant personnel, disposent d'une liberté (contractuelle) étendue pour définir leur équation contractuelle.

492. La **formation des garanties personnelles** obéit dans une très large mesure à la liberté contractuelle. Contrairement au droit du cautionnement, qui impose de maîtriser la mention manuscrite (règle de forme) et de connaître le pouvoir (d'engager la société, personne morale, ou les biens communs, pour les conjoints), les garanties personnelles fixeront une équation contractuelle minimale : dès lors que l'objet est déterminable, chacune des parties connaît le sens que possède le silence, notamment pour identifier le déclencheur de la garantie personnelle.

L'*objet suffisamment déterminable* (art. 1163 c. civ.) de la garantie personnelle impose de fixer l'obligation (unilatérale) du garant envers le créancier. La garantie principale impose d'identifier les dettes couvertes (ou un ensemble de dettes) tandis que la garantie indépendante impose de fixer l'obligation de règlement.

- Dans la garantie principale, une simple clause dactylographiée suffit pour indiquer que le garant personnel s'associe solidairement aux dettes du véritable débiteur (obligation solidaire) ou garantit l'exécution d'une dette a priori valable (lettre d'intention, promesse de porte-fort).
- Le garant autonome chiffre la somme que le créancier pourra réclamer : l'obligation de règlement est une règle de preuve (art. 1376 c. civ.), et une clause dactylographiée suffit pour rattacher la somme à la dette (ou un ensemble de dettes) d'autrui.

  Les mentions de l'écrit établissant une garantie personnelle se distinguent nettement des mentions imposées en droit du cautionnement, spécifiquement quand une caution, personne physique, s'engage envers un créancier professionnel.

Le déclencheur des garanties personnelles n'a pas besoin d'être explicite. Le garant principal sous-entend qu'il forme un groupe avec le débiteur : le promettant d'intention sait qu'il ne sera pas prévenu de la défaillance du véritable débiteur (qu'il faut donc contrôler), tout comme le coobligé solidaire. À défaut de clause contraire, le silence de la convention signifie que le garant autonome sait que le créancier pourra l'actionner à

premier demande : c'est le sens combiné des aliénas 1er et 3 de l'article 2321 c. civ[1]. Pour éviter un déclencheur aussi précoce, il faut une clause contraire.

Comparés au cautionnement, les *risques juridiques liés à la formation* des garanties personnelles sont faibles : la garantie principale n'est pas soumise à l'autorisation spéciale des organes de surveillance (contrairement au cautionnement). Le code de la consommation ne prévoit aucune disposition spécifique, quand le garant personnel est une personne physique qui s'engage envers un créancier professionnel. Le créancier, notamment professionnel, a le choix entre un cautionnement imposant le respect scrupuleux de règles complexes (règle de forme, proportionnalité) et une garantie personnelle, qui le décharge entièrement de toutes ces obligations, et grâce à laquelle il échappe à des risques juridiques diversifiés.

493. L'**exécution des garanties personnelles** est également plus efficace que le cautionnement : leur trait spécifique consiste à accélérer le paiement (déclencheur précoce), du moins pour le créancier. Le garant personnel, pour sa part, devra s'assurer de l'efficacité de son recours en remboursement contre le débiteur.

Un déclencheur précoce signifie que la dette sera payée rapidement, ce qui est un avantage particulièrement apprécié et recherché des créanciers (catégorie incluant les victimes d'accident indemnisées par un fonds de garantie, les salariés payés par l'AGS lorsque leur employeur cesse ses paiements …). La rapidité du paiement effectué par le garant personnel induit que ce dernier assume tôt le risque (amont) : l'*action en remboursement* sera exercée ultérieurement, soit contre le pseudo-créancier s'il s'avère que la dette n'existe pas (le locataire n'a commis aucune dégradation à l'expiration du bail : le dépôt de garantie comme le montant perçu dans la garantie autonome seront restitués) ou que le montant versé est exagéré ; soit contre le véritable débiteur, effectivement l'auteur d'un impayé. Dans le silence de la convention créant la garantie personnelle, l'action en remboursement exercée par le garant personnel pourra être tardive.

Tout indique que les créanciers, dès lors qu'ils disposent de la puissance suffisante pour imposer une sûreté personnelle à leur débiteur, préféreront les garanties personnelles :

[1] Art. 2321 c. civ. : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.
Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.
Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.
Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

comparées au cautionnement, elles constituent des titres rapides et efficaces. On peut d'ailleurs noter que l'ordre public qui a émergé dans le cautionnement est contemporain de l'apparition des garanties personnelles. La protection des cautions, personnes physiques explique-t-elle l'émergence des garanties personnelles ? Si c'est le cas, c'est qu'un mécanisme d'*inflation des sûretés personnelles* est en œuvre.

Conclusion de la 1ère partie
Les sûretés personnelles

495. Toutes les **sûretés personnelles** obéissent à un même schéma : un garant s'engage à couvrir l'obligation d'un tiers pour un certain montant ; le déclencheur impose au garant de payer, et il disposera d'un recours en remboursement contre le véritable débiteur. Plusieurs techniques sont prévues : le cautionnement, les garanties personnelles.

Le *cautionnement* garantit le créancier contre une défaillance du débiteur (c-à-d. risque d'impayé de type aval).

- La caution s'engage envers le créancier à se substituer au débiteur défaillant, si ce dernier ne procure pas l'exécution volontaire. La caution devra déterminer les dettes qu'elle couvre (obligation de couverture), en fixant le montant que le créancier pourra lui réclamer (obligation de règlement). Le contrat peut préciser que la caution devra payer, après mise en demeure infructueuse (cautionnement solidaire). Le consentement au contrat de cautionnement suppose de respecter certaines règles de forme : la caution personne physique qui s'engage envers un créancier professionnel doit respecter une mention manuscrite, devenue une règle de forme : l'irrespect de la forme rend le cautionnement nul.
- L'exécution du cautionnement se déclenche par la défaillance du débiteur. Toutefois, le créancier est tenu à trois types de devoirs secondaires envers la caution. Premièrement, le créancier ne doit pas laisser dépérir les sûretés réelles dont il dispose envers le débiteur (afin que la caution puisse effectivement agir en remboursement contre le débiteur : recours subrogatoire). Deuxièmement, le créancier doit informer la caution de la défaillance du débiteur pour réclamer les frais de retard à la caution et annuellement sur l'état de la dette encore due. Troisièmement, le créancier professionnel subit une caducité conditionnelle, lorsqu'il a obtenu d'une

caution, personne physique, un engagement disproportionné avec sa fortune et ses revenus.

Toutes ces protections de la caution sont écartées en présence d'une *garantie personnelle*. Le déclencheur de la garantie sera plus précoce, et donc beaucoup plus efficace. Deux modalités existent :

- Avec les garanties principales, le créancier peut déclencher la garantie dès que la dette devient exigible. En présence d'une *lettre d'intention* ou d'une promesse de porte-fort, le garant s'engage implicitement à contrôler l'exécution du débiteur. La *solidarité-sûreté* permet au créancier de réclamer l'exécution aussi bien au débiteur (tirant profit de la dette) qu'à son codébiteur (non intéressé à la dette).
- Avec les garanties indépendantes, le créancier déclenche sa garantie par la survenance d'un événement déconnecté de l'obligation que doit ou devra effectivement le débiteur. Déclenchée à première demande ou par la présentation d'un titre (cambiaire), elle oblige le garant à verser le montant promis, sans égard à la réalité de la dette de base (inopposabilité des exceptions). Avec la garantie autonome, le créancier est donc protégé contre un risque incluant celui de contestation de la dette de base : la simple crainte d'impayé suffit, à raison d'une dette, même future et éventuelle, que le prétendu débiteur pourrait devoir.

Le créancier a donc le choix entre un cautionnement inefficace et une garantie efficace. Le cautionnement est déclenché tardivement et fait l'objet d'une réglementation impérative (destinée à protéger la caution) ; la seconde technique bénéficie de la liberté contractuelle et garantit efficacement le créancier.

496. Les **sûretés personnelles** ont connu, depuis les années 1980, et notamment les années 1990, une évolution curieuse, marquée à la fois par un renforcement de la protection des cautions (personnes physiques engagées envers un créancier professionnel) et par un phénomène de libéralisation des garanties personnelles. Ce double mouvement parallèle s'explique : la véritable question consiste à fixer la valeur du titre contractuel qui émane du garant personnel.

La protection des cautions personnes physiques a conduit à réduire la valeur des titres (de cautionnement), en admettant aisément leur contestation (absence d'information

annuelle, disproportion, mention manuscrite érigée en vice de forme). Un créancier professionnel averti confronté à un débiteur économiquement fragile (risque excessif d'impayé) et à un cautionnement devenu moins efficace recherchera naturellement une autre sûreté. Si cette sûreté efficace n'est pas obtenue, le débiteur perd son crédit : il paiera comptant ses investissements, il évitera le découvert bancaire (facilité de caisse). Pour éviter ces conséquences, le garant personnel (personne physique) devra présenter un titre de valeur, suffisamment fiable.

L'histoire contemporaine des sûretés personnelles traduit l'ambiguïté du législateur. On fait semblant de croire que des dirigeants de société pourraient échapper à la force obligatoire de leur engagement (de caution) ou qu'il serait possible de rendre insaisissable leur résidence principale ou leur actif personnel. Mais il faut alors en tirer la conséquence : si le cautionnement est un titre qui se dévalue (formalités diverses, sources de risques juridiques), il faudra le remplacer par un autre titre, qui, pour sa part, remplira sa fonction.

Après avoir protégé les entrepreneurs engagés comme caution de leur société, le législateur réforme à nouveau, à l'initiative des créanciers professionnels. Les garanties personnelles se développent : cette nouvelle couche de législation est adoptée afin de maintenir la fiabilité des sûretés personnelles. Mais le législateur a de nouveau pitié de la situation des dirigeants, personne physique, s'engagés comme garants personnels : on impose aux créanciers professionnels de retarder leur action, par une réforme du droit des procédures collectives adoptée en 2005, lorsque le débiteur est en sauvegarde. Le phénomène se poursuit : si les sûretés personnelles s'avèrent inefficaces, les sûretés réelles le seront peut-être davantage.

(497- à 499. : réservés)

2ème partie

Les sûretés réelles

500. La **sûreté réelle** est l'affectation prioritaire d'un bien au paiement d'une obligation inexécutée. Contrairement au créancier chirographaire, qui doit suivre en entier la procédure d'exécution forcée, avec son régime égalitaire en cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier détenteur de sûreté réelle obtiendra un paiement de substitution grâce auquel il sera payé avant les autres, c-à-d. précocement et intégralement.

Le *paiement précoce* signifie que le créancier (détenteur de sûreté réelle) quitte avant son terme normal la procédure de paiement forcé, parce qu'il exerce une prérogative spécifique que lui octroie sa sûreté réelle :

- Une sûreté réelle octroie à son créancier une ou plusieurs prérogatives à exercer en cas de défaillance du débiteur. Le créancier gagiste, par exemple, peut demander à devenir propriétaire du bien gagé (attribution judiciaire) ou demander à prélever les fonds récoltés à la suite de la vente forcée du bien gagé (droit de préférence). Chaque prérogative court-circuite la procédure d'exécution forcée de droit commun : payé avant les autres, le créancier bénéficie donc d'un droit au paiement.
- Le créancier qui exerce une prérogative cherche à obtenir un *paiement de substitution* qui a vocation à produire son effet légal, à savoir l'extinction de la créance impayée. Si le créancier gagiste devient propriétaire du bien gagé, la compensation entre la valeur du bien gagé et le montant de la créance impayée éteindra les deux obligations réciproques (dont l'une était inexécutée). Si le créancier poursuit la vente forcée du bien gagé, il prélèvera d'abord ce qui lui est dû sur le produit de cette vente. Dans les deux cas, le créancier obtient un paiement de substitution, qui a lieu avant la clôture normale de la procédure de droit commun.

  Le paiement précoce (avant les autres) montre que le créancier bénéficie d'un droit (prioritaire) au paiement, ce qui implique que les autres créanciers impayés devront[1] se contenter des restes. Leur paiement n'aura lieu qu'à titre subsidiaire.

Le *paiement intégral* sera exercé sur le bien qui sert d'assiette à la sûreté réelle. Ce bien est prioritairement affecté au paiement d'une obligation, de sorte que sa fonction initiale (issue du régime général de l'obligation) passe à l'arrière-plan.

[1] En droit des procédures collectives, l'erreur sur l'ordre des paiements impose au créancier payé à tort de restituer. Voir : Section 2 « Du rang des créances », art. L 643-7-1 c. com. : « Le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées. »

– L'*affectation prioritaire d'un bien* au paiement d'une obligation signifie que le droit de gage général des autres créanciers devient subsidiaire sur l'assiette du bien, objet d'une sûreté réelle. Mais, sur les autres biens et revenus (qui ne servent pas d'assiette à la sûreté réelle), la vocation des créanciers chirographaires reste principale.

  – Il est possible qu'un même bien serve d'assiette à plusieurs sûretés réelles : il y aura alors, potentiellement, un conflit de sûretés réelles (entre créanciers, sur un même bien).

  – Si l'assiette de la sûreté réelle ne suffit pas à éteindre la dette, le créancier (totalement ou partiellement impayé) sera chirographaire, et il cherchera à obtenir un paiement forcé sur les autres biens (non spécialement affectés) du débiteur.

– L'*assiette de la sûreté réelle* peut porter sur une chose (bien ou créance) ou sur une masse de biens, appartenant au débiteur ou à un tiers.

  – L'assiette de la sûreté réelle (art. 2324 al. 2 et 3 c. civ.[1]) est spéciale quand elle porte sur un bien déterminé (un véhicule gagé ; un immeuble hypothéqué) ; elle sera générale quand elle porte sur des biens désignés par masses, à savoir tous les biens (meubles et immeubles) appartenant au débiteur, tous ses meubles (sûreté mobilière générale) ou tous ses immeubles (sûreté immobilière générale).

  – Le bien spécialement affecté au paiement appartient au débiteur ou à un tiers (art. 2325 c. civ.[2]). Dans ce dernier cas, la sûreté réelle détenue sur le bien du tiers servira à éponger la dette ; à défaut, le créancier exercera son droit de gage général sur les biens de son débiteur (et non sur les biens du tiers).

La sûreté réelle existe donc quand, en cas de défaillance de son débiteur, un créancier impayé peut exercer sur un bien une prérogative spécifique grâce à laquelle il obtiendra

[1] Art. 2324 c. civ. : « La sûreté réelle est légale, judiciaire ou conventionnelle, selon qu'elle est accordée par la loi à raison de la qualité de la créance, par un jugement à titre conservatoire, ou par une convention.
« Elle est mobilière ou immobilière, selon qu'elle porte sur des biens meubles ou immeubles.
« Elle est générale lorsqu'elle porte sur la généralité des meubles et des immeubles ou des seuls meubles ou des seuls immeubles. Elle est spéciale lorsqu'elle ne porte que sur des biens déterminés ou déterminables, meubles ou immeubles. »

[2] Art. 2325 c. civ. : « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.
« Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables. »

prioritairement un paiement de substitution. Cette prérogative permet d'échapper à la charge de la pénurie qui frappe les autres créanciers.

500-1. La **notion de sûreté réelle** impose de rendre subsidiaire la vocation au paiement des autres créanciers, en instaurant une exception au principe égalitaire. L'affectation (prioritaire) d'un bien sera acquise par l'existence d'une prérogative qui permet un paiement « préférentiel ou exclusif du créancier », selon l'article 2323 c. civ.[1].

La sûreté réelle est donc *absente* tant que le principe égalitaire reste applicable, même si c'est au profit de quelques créanciers uniquement.

- Lorsqu'un tiers se porte caution réelle (en affectant un immeuble au paiement de la dette du débiteur), la saisie de l'immeuble aura lieu en application du droit commun (avec partage égalitaire entre tous les créanciers du tiers qui s'est porté caution réelle).
- Lorsqu'un créancier (alimentaire) n'est pas soumis au gel des paiements, la saisie des biens et revenus de son débiteur est exercée en suivant la procédure de droit commun, sans qu'aucune prérogative spécifique ne soit exercée[2].
- Lorsqu'un entrepreneur individuel renonce à l'insaisissabilité de la masse de ses biens "personnels" (art. 526-25 c. com.[3]), le créancier "professionnel" restera soumis à la loi du concours avec les autres créanciers "personnels" du débiteur[4].

La sûreté réelle, selon la définition qu'en donne l'article 2323 c. civ., existe quand un bien est affecté « au paiement préférentiel ou exclusif du créancier ». La prérogative reconnue au créancier rend subsidiaire la vocation des autres créanciers : malgré la formulation trop restrictive employée, c'est de ce cela dont il est question avec le paiement « préférentiel » (qui fait référence au droit de préférence) ou « exclusif » (qui fait référence à la propriété-sûreté). La prérogative exercée permettra également un paiement prioritaire quand le créancier exerce une action directe-sûreté (par la technique du report, en saisissant une créance avant qu'elle ne soit partagée : infra) ou quand il obtient l'attribution judiciaire. Sauf à jouer sur les mots, ces deux prérogatives ne correspondent pas exactement à un paiement « préférentiel ou exclusif ».

La sûreté réelle est donc conçue comme une dérogation au principe égalitaire : la prérogative reconnue au créancier doit rendre subsidiaire la vocation au paiement des autres. C'est en cela que le créancier, détenteur de sûreté réelle, bénéficie d'un droit au paiement.

---

[1] Art. 2323 c. civ. : « La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier. »

[2] *Régime général de l'obligation*, n°953 et suiv.

[3] Art. L 526-25 c. com. : « L'entrepreneur individuel peut, sur demande écrite d'un créancier, renoncer à la dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22, pour un engagement spécifique dont il doit rappeler le terme et le montant, qui doit être déterminé ou déterminable. Cette renonciation doit respecter, à peine de nullité, des formes prescrites par décret.

« Cette renonciation ne peut intervenir avant l'échéance d'un délai de réflexion de sept jours francs à compter de la réception de la demande de renonciation. Si l'entrepreneur individuel fait précéder sa signature de la mention manuscrite énoncée par décret et uniquement de celle-ci, le délai de réflexion est réduit à trois jours francs. »

[4] *Régime général de l'obligation*, n°868

501. La priorité de paiement dont bénéficie le créancier sur un bien signifie que, face à la pénurie, le droit des sûretés instaure l'**inégalité entre les créanciers**. L'avantage spécifique qu'octroie la sûreté réelle résulte d'une exception au principe (fixé en régime général de l'obligation) : c'est le produit d'une décision politique qui a pour conséquence de solvabiliser certaines activités du débiteur, en exposant ses autres créanciers à un risque majoré d'impayé.

La sûreté réelle suppose une *exception légalement instaurée* au principe égalitaire fixé à l'article 2285 c. civ.[1], en raison des conséquences mécaniques que produit toute sûreté réelle.

– La sûreté réelle (telle qu'elle est légalement consacrée, avec sa ou ses prérogatives) résulte d'une décision politique, que seul le législateur peut prendre. *Pas de sûreté réelle sans texte*[2]. Ce point étant acquis, le législateur prévoit que les différentes sûretés réelles qu'il légalise auront différentes sources. Selon l'article 2324 al. 1er c. civ.[3], elles sont créées par la loi (sûreté légale), le contrat (sûreté contractuelle) ou une décision de justice (sûreté judiciaire).

– La décision d'instaurer une sûreté réelle est lourde de conséquences, puisque, derrière son effet immédiat (solvabiliser telle ou telle activité du débiteur au profit d'un seul de ses créanciers), elle implique un effet secondaire mécanique au détriment de tous les autres. En présence d'un débiteur défaillant et insolvable, le créancier payé prioritairement aura *transféré la charge de la pénurie sur les autres*, ceux-ci devant se contenter des reliquats (c-à-d. des restes), s'ils existent, en raison de leur vocation désormais subsidiaire au paiement. L'effet relatif de la sûreté réelle sur les autres créanciers est tel que l'on comprend pourquoi seul le législateur peut décider de porter une telle atteinte au droit des créanciers chirographaires (puisqu'il s'agit de leur retirer la ressource qui leur est due)[4]. La loi qui établit une sûreté réelle semble généreuse : elle subventionne, en quelque sorte, le paiement d'un seul créancier, mais avec l'argent des autres.

[1] Art. 2285 c. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »
[2] Voir H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4e éd., 1999, Litec, n°318, p. 634 : « Pas de privilège sans texte ».
[3] Art. 2324 al. 1er c. civ. : « La sûreté réelle est légale, judiciaire ou conventionnelle, selon qu'elle est accordée par la loi à raison de la qualité de la créance, par un jugement à titre conservatoire, ou par une convention. »
[4] Laurent Aynès, Pierre Crocq et Augustin Aynès, *Droit des sûretés*, 16e éd., 2022, n°257, p.255.

La décision d'instaurer une répartition inégalitaire de la charge de la pénurie en privilégiant une catégorie de créanciers et en lésant tous les autres est donc politiquement sensible. En 1804, quinze ans après l'abolition des privilèges (lors de la fameuse nuit du 4 août 1789), comme aujourd'hui, il s'agit d'identifier les privilégiés (et pas uniquement au sens technique du terme en droit des sûretés réelles) du régime. Qui faut-il payer prioritairement entre le salarié, le fournisseur, le prêteur et le fisc, quand les ressources du débiteur ne permettent que d'en payer certains ?

501-1. En 1804 comme en 2021, la **justification de l'inégalité** repose sur un jugement politique dépourvu de base scientifique (en l'état actuel des connaissances), mais qui s'inscrit dans une vision générale des rapports sociaux. Il s'agira de hiérarchiser entre eux des intérêts opposés.

La base scientifique des sûretés réelles n'a pas été creusée. La sûreté réelle permet d'affecter des actifs à certaines activités. Lorsque ces actifs sont financés par l'emprunt (ou, plus généralement le crédit), les créanciers économiquement utiles (responsables directement de l'enrichissement du débiteur) invoquent un argument économique consistant. Mais, dans certaines périodes de crise, il est parfois nécessaire de privilégier l'intérêt général (c-à-d. les ressources de l'État).

La politique législative des sûretés réelles été traditionnellement restrictive, mais le législateur contemporain est devenu inflationniste.

– Tout au long du XIX^e^ siècle, le législateur a consacré peu de sûretés réelles, afin d'éviter de léser les intérêts de la plupart des créanciers. La considération de cet impact explique pourquoi les sûretés réelles consacrées devaient avoir une efficacité limitée : soit la créance garantie était d'un montant cantonné, soit l'assiette de la sûreté était spéciale, soit la prérogative octroyée était peu efficace. Les chances de paiement des autres créanciers n'étaient alors pas ruinées.

– Au début du XXI^e^ siècle (ord. du 23 mars 2006), le paysage des sûretés réelles est radicalement différent. La multiplication (exponentielle) des sûretés réelles conduit le législateur à une politique ambiguë : la consécration de sûretés réelles aux effets toujours plus radicaux cohabite avec une exposition des créanciers (notamment "professionnels") à des risques d'impayé accrus par le droit de la faillite. L'objectif du législateur est d'inciter à l'endettement, afin de doper la croissance économique : le paiement des créanciers chirographaires n'est même plus envisagé.

Dans ces conditions, le débat sur la justification des inégalités a pris une tournure lunaire, puisque l'inflation des sûretés réelles place certaines catégories de créanciers dotées de sûretés réelles dans la même situation que les créanciers chirographaires. Ils n'auront droit à rien en cas de faillite de leur débiteur professionnel. En réalité, les arguments (à l'apparence rationnelle) expriment des intérêts : chacun affirmera la supériorité de son intérêt par un argument, l'utilité économique (du fournisseur), la prévision économique (du banquier), la préservation de la

société (par l'État) ou le besoin d'une ressource vitale (pour le salarié). Des critères intermédiaires pourront être employés afin d'opacifier un intérêt : un contractant en position de puissance économique a intérêt à invoquer la liberté contractuelle, tandis qu'un contractant en position de faiblesse économique invoquera l'ordre public (s'il exerce une influence politique sur son contenu).

Pour chaque créancier, la question de fond consiste (depuis toujours) à évaluer la solvabilité d'un débiteur potentiel, au regard de l'efficacité des prérogatives d'une sûreté réelle, à exercer sur une assiette comprenant des biens de valeur suffisante, et en tenant compte de l'impact du droit des procédures collectives. Le créancier en déduira le montant de la dette qu'il peut laisser impayée :

- Si le fournisseur ou le salarié n'a pas de sûreté réelle qui surclasse tous les autres créanciers, l'un exigera d'être payé comptant, l'autre cessera de travailler au moindre retard de salaire.
- À l'inverse, en présence d'une sûreté réelle efficace, le créancier sera probablement parmi les derniers à se rendre compte de l'insolvabilité de son débiteur : il ne cessera de financer l'activité du débiteur que lorsque toutes ses ressources auront été dissipées.

502. En **droit positif des sûretés réelles**, le classement des sûretés réelles est la question centrale, à un double titre[1]. Le classement est une question de classification des sûretés réelles, mais également une question de hiérarchisation.

Le législateur français a choisi de présenter les sûretés réelles selon leur assiette, et non pas selon leurs prérogatives. Cette *présentation neutre, selon l'assiette des sûretés réelles*, conduit à adopter un plan-catalogue qui liste les différentes sûretés admises en droit français. Ce plan présente certains défauts et un avantage (limité) :

- Le critère de l'assiette de la sûreté réelle est mal adapté aux sûretés qui peuvent avoir une assiette mobilière et immobilière (fiducie-sûreté ; gage ; privilèges généraux). Le législateur adopte alors parfois la méthode du copié-collé (avec la fiducie-sûreté, mobilière : art. 2372-1 et suiv. c. civ. ; immobilière : art. 2488-1 et suiv. c. civ.), au prix d'un doublement des textes. Parfois, le législateur effectue une scission : en présence d'un privilège général (portant sur tous les meubles et tous les immeubles du débiteur), il faudra combiner les dispositions pour comprendre que le privilège mobilier général est parfois aussi un privilège immobilier général.
- L'avantage du plan fondé sur l'assiette des sûretés réelles est de montrer que les conflits de sûretés réelles sont fréquents : un même bien (meuble ou

[1] Jean-Denis Pellier, *Réflexions sur la classification des sûretés réelles*, LPA 24 avril 2012, n°82, p. 7

immeuble) du débiteur peut servir d'assiette à différentes sûretés. Donc à différents créanciers, qui seront tentés d'invoquer telle ou telle prérogative pour chercher à obtenir le premier rang. La classification des sûretés selon l'assiette ne permet pas de résoudre le conflit : c'est en cela que l'avantage de ce plan est limité.

La présentation des sûretés réelles *en fonction des prérogatives* octroyés aux créanciers conduit à adopter un plan axé sur la résolution des conflits de sûretés réelles, car certaines prérogatives sont nettement plus efficaces que d'autres. Ce plan présente un avantage, et quelques inconvénients :

– l'avantage de la classification selon le critère des prérogatives octroyées à un créancier permet d'identifier les catégories de créanciers, en fonction de l'efficacité de leurs prérogatives. Cette présentation illustre le phénomène d'inflation des sûretés réelles : les catégories de créanciers qui n'obtiennent pas une revalorisation de leur position, grâce à une nouvelle prérogative, sont en voie de déclassement. Leur chance de paiement est réduite, contrairement à ceux qui prélèveront « à la source » ;

– l'inconvénient de ce plan est de ne choisir qu'une seule prérogative pour classer une sûreté réelle, alors qu'elle peut en avoir plusieurs. Le créancier gagiste (sur un meuble ou sur un immeuble) dispose de plusieurs prérogatives (droit de préférence et droit à l'attribution judiciaire, etc.). La prérogative retenue pour classer le gage sera l'attribution judiciaire (prérogative plus puissante que le droit de préférence). Certaines prérogatives spécifiques ne serviront donc pas à classer, parce que leur conditions de mise en œuvre sont restrictives (comme le droit de suite reconnu dans certains gages ou l'action directe-sûreté reconnue au profit des créanciers munis d'un privilège général, depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021).

Le plan choisi dans ce cours conduira à classer principalement selon les prérogatives, car cette présentation axée sur la résolution des conflits de sûretés réelles permet de répondre à la question posée (qui du salarié, du trésor public, du banquier et du fournisseur, réussit à transférer sur les autres la charge de la pénurie ?). Mais, dans le fond, le régime de chaque sûreté ne sera étudié qu'une fois (lors de l'étude de sa prérogative principale), avec un rappel si une autre prérogative (secondaire, récente …) a été octroyée. Les sûretés réelles dotées de prérogatives classiques (chapitre 1er) sont

affectées par l'inflation, ce qui explique pourquoi certaines catégories de créanciers ont cherché à obtenir une revalorisation de leur position, grâce à de nouvelles prérogatives, curieusement nommées « garanties réelles » par la doctrine (selon un mécanisme qui affecte également les sûretés personnelles : supra).

503. Parmi les dispositions générales consacrées aux sûretés réelles, l'une d'elles possède un contenu étrange. Selon l'article 2326 c. civ., « Une sûreté réelle peut être constituée sur les biens d'une personne morale de droit privé en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la **constitution de la sûreté doit l'être par acte authentique**. » Les pouvoirs (résultant de délibérations ou délégations) expriment le consentement d'une personne morale : il sera acquis même lorsque la sûreté réelle doit être établie par acte authentique.

Conformément au droit commun, le consentement d'une personne morale à un *acte conclu avec un tiers* est exprimé par son représentant légal (lequel établira son pouvoir spécial en présence d'un acte de disposition, en produisant une délibération). La délégation de pouvoir permettra au directeur d'une succursale de souscrire un engagement au nom et pour le compte de la société qui l'emploie. Le consentement exprimé à une sûreté personnelle (caution bancaire), à une sûreté réelle ou à tout acte conclu avec un tiers obéit au droit commun.

Le texte devrai être interprété comme signifiant que le notaire ne s'assure pas personnellement de l'information et du consentement de la personne morale, lors de la délibération prise par les organes de la société[1]. Pour obtenir le consentement de la personne morale, le notaire se contenterait de la production du titre établissant le pouvoir du représentant légal de la société. Lorsqu'une sûreté réelle doit être établie par acte authentique (hypothèque[2], gage immobilier, certaines fiducies-sûreté), l'intervention du notaire resterait donc érigée en condition de forme.

(504. : réservé)

[1] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2021/9/16/JUSC2113814P/jo/texte), JORF n°0216 du 16 septembre 2021 : « Il s'agit là de la généralisation à l'ensemble des personnes morales la règle figurant précédemment à l'article 1844-2 pour les sociétés, ce qui concernera en particulier les associations. Cette solution est un facteur de simplicité et de souplesse, pour des personnes qui n'ont pas besoin de protection particulière. »

[2] Art. 2409 c. civ. : « L'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié.
« Le mandat d'hypothéquer est donné dans les mêmes formes. »

chapitre 1er

Les sûretés réelles classiques

505. Les **sûretés réelles classiques** ont toutes pour marqueur commun d'octroyer au créancier un droit de préférence, ce qui a pu conduire doctrine et législateur à y voir le trait spécifique de la sûreté réelle. Lors de la liquidation des biens du débiteur défaillant et insolvable, tous ces créanciers pourront prélever avant les créanciers chirographaires les sommes récoltées sur la vente des biens compris dans leur assiette (schéma 5.1). Tous ont cette prérogative, mais certains ont davantage que cette prérogative.

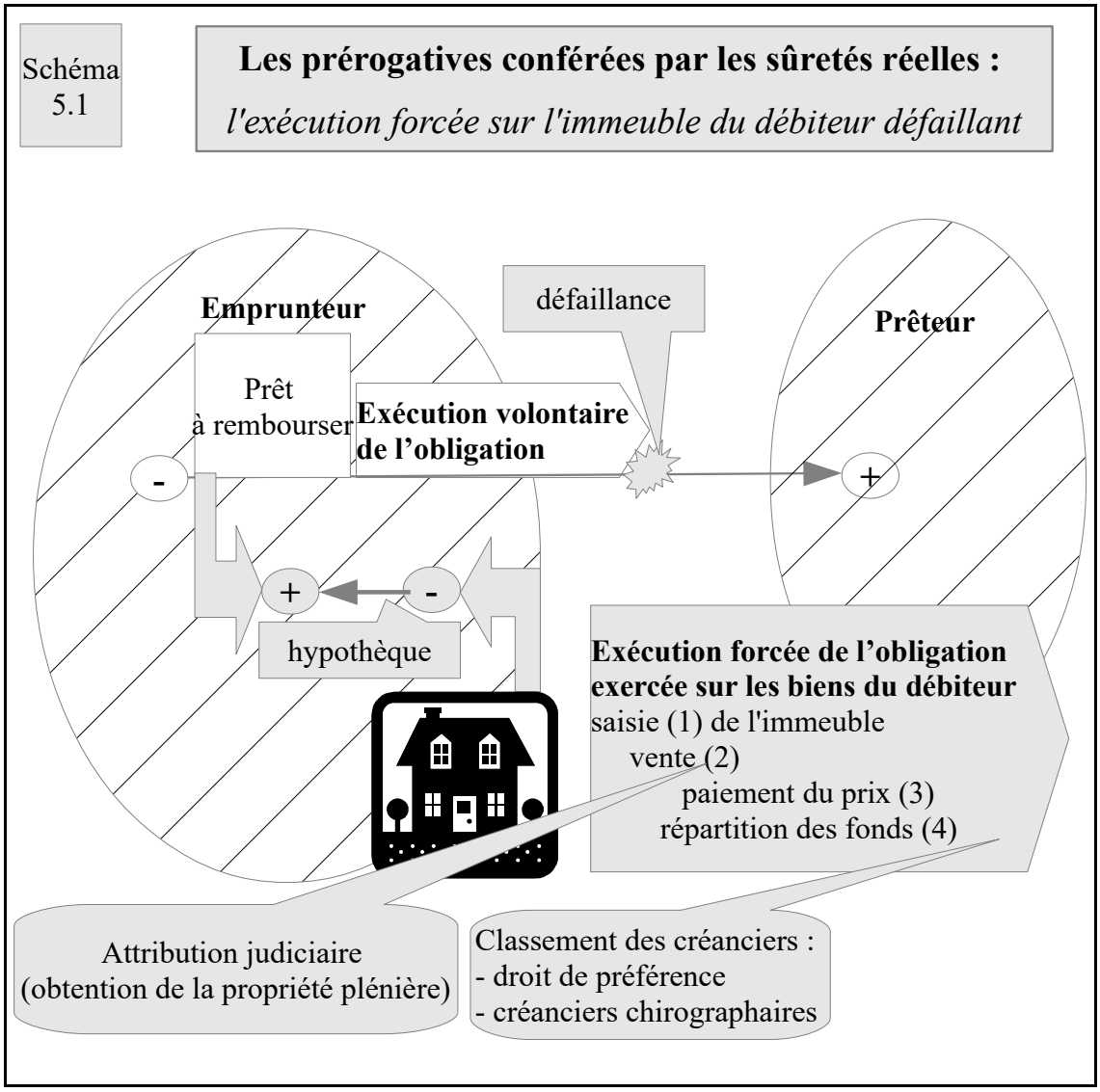
La rédaction de l'article 2285 c. civ.[1] établissant le principe égalitaire entre les créanciers (chirographaires) réserve l'existence d'exceptions (c-à-d. des sûretés réelles) : « à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des *causes légitimes de préférence*. » Les causes de préférence sont le droit de préférence : en 1804[2], la prérogative (droit de préférence) apparaît comme le trait commun de toutes les sûretés réelles, et, à cette époque (avant l'inflation des sûretés réelles), l'affirmation est exacte. Les sûretés réelles de source légale (les privilèges), contractuelle (hypothèque, gage …) ou judiciaire (hypothèque judiciaire conservatoire, nantissement judiciaire …) confèrent toutes au créancier un droit de préférence qu'il faudra classer (lorsque plusieurs créanciers sont en conflit sur un même bien). La pénurie donne lieu à une procédure collective imposée à l'ensemble des créanciers impayés, et une répartition inégalitaire est prévue au profit des créanciers bénéficiant d'une sûreté réelle, c-à-d. d'un droit de préférence.

En dehors de cette logique collective, les codificateurs de 1804 avaient par ailleurs (ancien titre XVII) octroyé, dans le cadre du gage, une prérogative spécifique au profit du créancier gagiste : grâce à l'*attribution judiciaire*, il pouvait devenir propriétaire du bien que lui avait remis son débiteur[3] (en seconde phase d'exécution forcée, correspondant à la vente), et compenser entre le montant de sa créance impayée et la valeur des biens du débiteur (en troisième phase, correspondant à la phase de paiement par le tiers-acquéreur). Il ne versait que le reliquat aux créanciers bénéficiant d'un droit de préférence (en quatrième phase, correspondant à la phase de répartition). L'attribution judiciaire était implicitement prévue en présence d'une exécution forcée se déroulant dans une logique individuelle de saisie.

[1] Art. 2285 c. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

[2] Ancien titre XVIII« Des privilèges et hypothèques » : anc. 2092 et suiv. c. civ. On notera le développement logique exprimé par la structure du texte : l'anc. art. 2293 (devenu 2285) c. civ. introduit spécifiquement les sûretés réelles (c-à-d. l'inégalité entre les créanciers). Aujourd'hui, les art. 2284 et 2285 c. civ. introduisent toutes les sûretés (y compris personnelles) : la logique du texte de 1804 s'est perdue.

[3] Bénéficiant souvent au créancier contractuel économiquement prévoyant, ces sûretés réelles pouvaient être justifiées par l'économie du contrat synallagmatique. En effet, le créancier gagiste de 1804 (mis en possession de certains biens de son débiteur) aurait pu effectivement hésiter entre un paiement immédiat et un paiement différé sécurisé : cette situation spécifique avait conduit à offrir au gagiste des prérogatives spécifiques, notamment la faculté d'obtenir la propriété d'un bien du débiteur (attribution judiciaire).



L'articulation entre la logique collective, établissant le droit de préférence (y compris au profit du créancier gagiste), et la logique individuelle, admettant l'attribution judiciaire (au profit du seul créancier gagiste, à l'époque), n'a pas été explicitement réglée par les codificateurs : or, la question est devenue déterminante du classement entre les créanciers impayés.

– Si le gagiste peut demander l'attribution judiciaire en présence d'un débiteur insolvable, il obtient un paiement prioritaire qui rend (pour lui) caduque la phase de répartition (logique collective) ;

– Si le gagiste confronté à un débiteur insolvable doit respecter la logique collective, il ne pourra invoquer que son droit de préférence (en perdant la prérogative individuelle de l'attribution judiciaire).

Cette question de détail (au début du XIX^e siècle) est devenue la question majeure du droit des sûretés réelles, lorsque l'inflation ces sûretés a commencé à produire ses effets (dès le début du XX^e siècle).

506. En droit positif, l'**exercice des prérogatives octroyées par chaque sûreté réelle** est devenue la question cruciale du droit des sûretés réelles, à mesure que le risque présenté par les dettes professionnelles s'accroissait. Pour les créanciers confrontés à un débiteur (professionnel) défaillant et insolvable, le montant des dettes impayées est allé en s'accroissant (conséquence de la création des sociétés de capitaux, c-à-d. de l'incitation à une gestion aventureuse) : forcément, les conflits entre créanciers (munis de sûretés réelles) se sont multipliés.

– Soit la logique collective s'impose à l'ensemble des créanciers (et à tous les détenteurs de sûreté réelle), quand le débiteur est substantiellement insolvable : le classement officiel et effectif sera celui fixé dans le droit de préférence.

– Soit la sûreté réelle octroie des prérogatives qui coexistent, même quand le débiteur s'avère insolvable : le classement effectif parmi les créanciers impayés sera fixé par la procédure en quatre phase gouvernant l'exécution forcée. Le créancier gagiste qui obtient l'attribution judiciaire aura alors quitté la procédure de paiement forcé bien avant la phase de répartition des fonds.

En droit positif, la seconde logique a fini par s'imposer. On comprendra, dans ces conditions, l'intérêt porté à l'attribution judiciaire par certaines catégories de créanciers, puisque cette prérogative permet, en réalité, à ses bénéficiaire d'obtenir un surclassement. La question de fond étant le conflit de sûretés réelles, les créanciers bénéficiant du seul droit de préférence (section 1^ère^) ont une chance de paiement moindre que ceux qui bénéficient (aussi) de l'attribution judiciaire (section 2^ème^).

(507- à 509. : réservés)

section 1ère

Le droit de préférence

Résumé

Le **droit de préférence** est une prérogative exercée lors de la phase de répartition des fonds, après la saisie des biens du débiteur, leur vente et le paiement de leur prix par le tiers-acquéreur. Les créanciers munis d'un droit de préférence exercent leur prérogative soit sur un ensemble de biens (sûreté générale), soit sur des biens particuliers (sûreté spéciale) : la prise en compte de l'assiette de la sûreté exerce une influence sur le classement, lorsque ces différents créanciers sont en conflit (sur un même bien).

Le droit de préférence octroyé par la loi (privilège), par contrat (sûretés contractuelles) ou par décision de justice (sûreté judiciaire) sont classées en fonction de leur assiette, soit générale, soit spéciale :

- Les créanciers bénéficiant d'une assiette portant sur l'ensemble des meubles de leur débiteur et, à défaut de meubles suffisants, sur ses immeubles sont les salariés (privilège des salaires ordinaires) et les frais de justice. D'autres privilèges mobiliers sont consacrés à l'extérieur du code civil, en faveur du Trésor public et de la sécurité sociale (sur l'ensemble des meubles du débiteur) et des créanciers postérieurs (à la faillite du débiteur professionnel). Dans l'ensemble, le montant des créances garanties par ces privilèges est cantonné ; la liberté contractuelle ne permet pas à ces créanciers d'obtenir aisément des sûretés réelles.
- Les créanciers bénéficiant d'une assiette spéciale sont des créanciers économiques qui contractent avec leur débiteur. Les créanciers économiquement utiles apportent une valeur qui figurera dans leur assiette : en bénéficient le conservateur de meubles, le vendeur de meubles, le vendeur d'immeuble et le prêteur (qui finance l'acquisition de l'immeuble). Les créanciers économiquement prévoyants prennent en compte un bien de valeur qui figure déjà dans le patrimoine de leur débiteur : en bénéficient le créancier gagiste ou nanti (auquel le bailleur est assimilé) et le créancier hypothécaire.

Lorsque ces créanciers sont en conflits sur un même bien, le législateur établit un classement différencié sur les meubles et les immeubles.

- Sur les meubles, les créanciers économiques (assiette spéciale) l'emportent sur les créanciers sociaux (assiette générale).
- Mais sur l'immeuble, deux créanciers sociaux (frais de justice et salaires ordinaires) occupent les premiers rangs, et l'emportent sur les créanciers économiques.

Ce classement du droit de préférence établit la hiérarchie entre les différentes catégories de créanciers. Mais ce classement est remis en cause par l'exercice de l'attribution judiciaire.

510. Le **droit de préférence** est une prérogative octroyée qui permet aux créanciers bénéficiant d'une sûreté réelle (classique) d'obtenir un paiement prioritaire sur le produit de la vente des biens de leur débiteur (insolvable[1]), lors de la phase de répartition, avant le paiement des chirographaires donc (schéma 5.2). Les différentes sûretés réelles feront l'objet d'un classement, terme ambivalent qui consiste aussi bien à catégoriser qu'à hiérarchiser.

La *catégorisation des sûretés réelles* octroyant un droit de préférence peut être effectuée en utilisant différents critères, celui de l'assiette ou celui de la source.

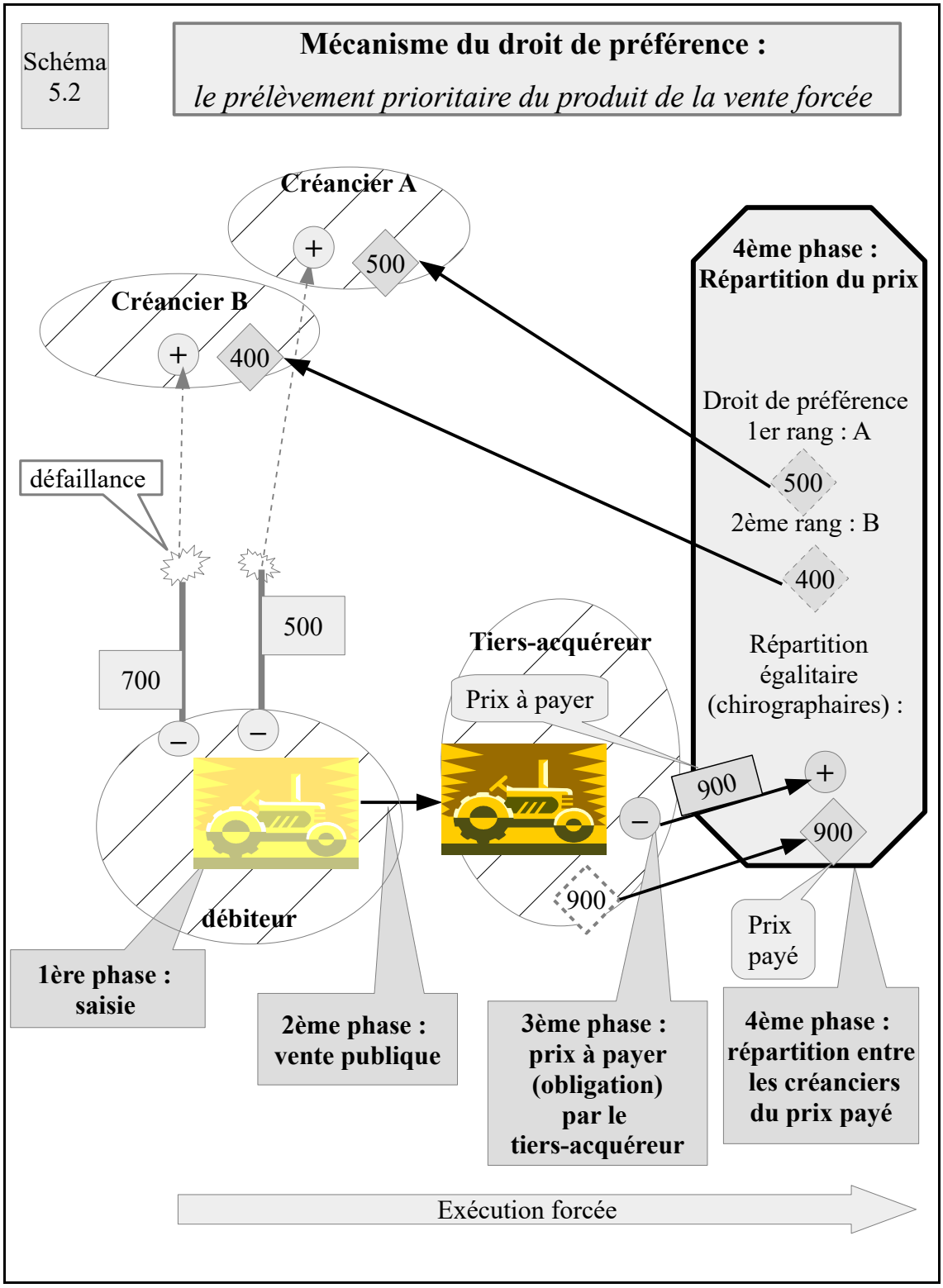
- Le législateur classe habituellement les sûretés réelles selon leur assiette, choix qui expose à des redites (et à des renvois) : les dispositions traitant du gage (portant sur un meuble corporel), du nantissement (portant sur un meuble incorporel) et du gage immobilier (portant sur un immeuble) figurent à des endroits différents du code civil, mais tous ces gages octroient au créancier des prérogatives similaires, et spécialement un droit de préférence ;
- Les sûretés réelles peuvent être également classées selon leur source. Les sûretés réelles instaurées par la loi sont des privilèges ; les autres sûretés réelles seront instaurées par contrat ou par décision de justice.

La *hiérarchisation des droits de préférence* aura lieu lorsque différents créanciers sont en conflit sur un même bien. Lorsque le véhicule de l'entreprise est vendu aux enchères publiques, qui faut-il payer en premier quand le salarié et le banquier invoquent leur droit de préférence, le premier portant sur une assiette mobilière générale, le second portant spécialement sur le véhicule gagé ? Le classement devient une décision politique puisqu'il faut répartir inégalement la pénurie :

- Il faudra justifier l'inégalité : le législateur parle de « causes légitimes de préférence » (art. 2285 c. civ.[2]) et non pas de causes légales ; de « qualité de la créance » (art. 2324 c. civ.[3]), et non pas de celle du créancier. Le choix des termes employés a pour objectif de « produire une profonde impression de justice civile »[4].

[1] Si le débiteur est solvable (in boni), tous les créanciers (y compris chirographaires) seront tous intégralement payés. Aucun créancier n'invoquera son droit de préférence.
[2] Art. 2285 c. civ. : « 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. »
[3] Art. 2324 al. 1er c. civ. : « La sûreté réelle est légale, judiciaire ou conventionnelle, selon qu'elle est accordée par la loi *à raison de la qualité de la créance*, par un jugement à titre conservatoire, ou par une convention. »
[4] Premier consul [Napoléon Bonaparte], in Fenet, tome XV, p.301-302 (à propos de l'hypothèque, infra).

– La décision conduira à fixer l'ordre hiérarchique des paiements en prévoyant les cas où plusieurs créanciers bénéficiant d'un droit de préférence sont en conflit.



Le classement des sûretés réelles (§1er) et le classement des droits de préférence (§2e) sont donc deux questions distinctes : la première semble neutre car c'est une question de classification, tandis que la seconde est politiquement connotée, puisqu'il c'est une question de hiérarchisation.

§1er/ La classification des sûretés réelles :

selon l'assiette des biens

511. La **classification des sûretés réelles** (dotées d'un droit de préférence) est effectuée en utilisant le critère de l'assiette de la sûreté : depuis 2021, cette présentation semble devenue neutre. Elle n'est plus l'occasion de procéder à des affirmations qui induisent certaines idées plus hiérarchiques[1].

La classification conduisant à distinguer selon l'assiette peut s'expliquer par le type de procédure d'exécution forcée applicable. La saisie d'un meuble et la saisie d'un immeuble sont exercées selon des modalités différentes, même si la procédure est substantiellement identique (saisie, vente, paiement et répartition des fonds récoltés). Ce critère de classification est effectivement neutre : on notera qu'il ne révèle pas les raisons qui conduisent à établir des sûretés réelles.

En droit des sûretés réelles, la distinction selon l'assiette générale ou spéciale des biens affectés au paiement de certains créanciers fera apparaître une opposition qui sera, au final, déterminante du classement (politique) entre les droits de préférence :

- L'opposition entre sûretés réelle à assiette générale ou spéciale avait un sens particulier en 1804, puisqu'il s'agissait de distinguer entre différentes qualités de créances[2] : il y avait les créances d'excellente qualité (assiette générale) et de bonne qualité (assiette spéciale), ce qui conduisait à préjuger de la hiérarchisation des droits de préférence ;

[1] Anc. art. 2331 c. civ. : « Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, *et s'exercent dans l'ordre suivant* : (...) » ; anc. art. 2376 c. civ. : « Lorsqu'à défaut de mobilier les créanciers privilégiés énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les autres créanciers privilégiés sur l'immeuble, ils priment ces derniers et exercent leurs droits *dans l'ordre indiqué audit article*. » ; anc. art. 2334 c. civ. (infra).

[2] Anc. art. 2334 c. civ. : « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être *préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* »

– Depuis 2021, la « qualité de la créance » reste mentionnée pour justifier l'octroi d'un privilège (sûreté légale), mais sans prendre parti sur le classement final entre les droits de préférence.

Cela étant dit, la *qualité de la créance* exprime un premier choix politique qui consiste à faire bénéficier d'un traitement de faveur (droit de préférence) deux grands types de créances dotées d'assiettes différentes :

– les sûretés à assiette générale bénéficient pour l'essentiel à des créanciers qui remplissent une utilité sociale ;

– les sûretés à assiette spéciale bénéficient à des créanciers économiques qui obéissent à la logique du contrat synallagmatique.

Deux grandes catégories de créanciers seront donc distinguées : les uns bénéficient d'un privilège général (I), les autres d'une sûreté à assiette spéciale (II).

I/ Les privilèges généraux : *une assiette portant sur des masses de biens*

512. Les **privilèges généraux** sont des sûretés réelles légales (privilège, au sens technique du terme) portant sur l'ensemble des biens[1], la masse des meubles et/ou celle des immeubles, appartenant au débiteur. Il n'existe pas de sûretés réelles de source contractuelle ou judiciaire incluant dans leur assiette la masse des meubles ou des immeubles du débiteur.

Le législateur semble distinguer *deux assiettes générales*, celle portant sur tous les meubles (art. 2330 c. civ.[2]), et celle portant sur tous les immeubles du débiteur (art. 2376 c. civ.[3]).

– En réalité, il s'agira de distinguer au sein d'une même catégorie : parmi les créances garanties sur l'ensemble des meubles, certaines seront, en outre, garanties sur l'ensemble des immeubles. Comme les biens du débiteur sont soit

[1] Voir : Jean-Denis PELLIER, « Les privilèges généraux », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2020, : « le droit français n'est pas si éloigné, à cet égard, du droit anglo-saxon, dans lequel la *floating charge* plane sur l'ensemble du patrimoine du débiteur avant de se cristalliser sur un bien déterminé ».

[2] Art. 2330 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Les privilèges mobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux ou spéciaux.
« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.
« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers. Sauf disposition contraire, ils ne confèrent pas de droit de suite. Ils se reportent sur la créance de prix du débiteur à l'égard de l'acquéreur. »

[3] Art. 2376 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Les privilèges immobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux.
« Ils sont dispensés de la formalité de l'inscription.
« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.
« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers mais ne confèrent pas de droit de suite.
« Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

meubles, soit immeubles (art. 516 c. civ.[1]), les créanciers garantis par un privilège mobilier et immobilier général bénéficieront donc d'un droit de préférence sur tous les biens (saisissables) de leur débiteur. L'objectif est de maximiser les chances de paiement de ces créanciers, tout en tenant compte de l'impact d'une telle préférence.

– La règle de la subsidiarité (art. 2376 al. 6 c. civ.[2]) signifie que le privilège immobilier général ne sera exercé que si le privilège mobilier général a été inefficace. La règle est destinée à limiter l'impact des privilèges immobiliers généraux sur les chances de paiement des autres créanciers (même pourvus d'un droit de préférence).

Les privilèges généraux garantissent donc le paiement de créances grâce à un droit de préférence portant sur la masse des meubles (1), catégorie au sein de laquelle on trouvera les créanciers bénéficiant d'une assiette élargie à la masse des immeubles (2).

1/ Les privilèges mobiliers généraux : *la masse des meubles*

513. Les **privilèges mobiliers généraux** octroient à des créanciers un droit de préférence portant sur la masse des meubles appartenant au débiteur. Tout bien réputé meuble (art. 527 à 536 c. civ.) figurant dans le patrimoine du débiteur est donc prioritairement affecté au paiement de certains créanciers privilégiés : les créances garanties seront d'un montant faible ou cantonné.

L'obtention d'un privilège mobilier général signifie que la masse des meubles du débiteur devient prioritairement affectée au paiement des privilégiés, ce qui signifie donc que l'égalité de principe entre les créanciers (art. 2285 c. civ.) est vidée de son contenu : tous les créanciers chirographaires n'auront plus qu'une vocation subsidiaire à être payés.

Afin de limiter l'impact d'un tel déclassement, les créances garanties par un privilège mobilier général seront d'un montant faible, réduit ou cantonné. La dérogation au principe égalitaire doit répondre à une exigence de stricte nécessité. Cela étant dit, si le débiteur insolvable ne dispose plus que de quelques meubles, les créanciers chirographaires n'obtiendront rien.

[1] Art. 516 c. civ. : « Tous les biens sont meubles ou immeubles. »
[2] Art. 2376 c. civ. : « Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

La liste des privilégiés (au sens technique du terme) a connu une (petite) évolution depuis deux siècles : les privilèges du code civil sont moins nombreux[1] (a), mais d'autres, extérieurs au code civil, sont apparus (b).

a/ Les privilèges du code civil : *la préservation de la personne*

514. Les **privilèges du code civil** sont établis à l'article 2331 c. civ.[2]. La liste des créances protégées par ce droit de préférence fait apparaître un point commun : à un titre ou à un autre, la créance est exposée dans une fonction vitale et permet de préserver la dignité humaine. C'était du moins son origine historique. Depuis 2021, la liste des bénéficiaires s'est réduite et fait apparaître deux types de justification.

Les créances protégées par le privilège mobilier général sont :

– Les *frais funéraires*[3] (art. 2331 2°) qui sont à prélever sur le patrimoine du défunt (mais les héritiers, même renonçants à la succession, les doivent[4], sauf recours contre la succession) : l'ensevelissement des corps évite la propagation des maladies ; le fait d'assurer aux défunts une sépulture décente répond à une exigence morale ;

– Les *frais de justice* (art. 2331 1° c. civ.) qui correspondent aux prestations réalisées dans le cadre des opérations de saisie ou du droit de la faillite par les auxiliaires de justice (frais d'inventaire et de scellées pour les commissaires de justice ; rémunération de l'administrateur judiciaire ou du commissaire de justice, anc. commissaire-priseur ...) ou les juges (frais de déplacement du juge-commissaire). Les frais de justice correspondent donc au travail (des juristes). Ils permettent de liquider un patrimoine, de sorte qu'ils sont utiles à la collectivité des créanciers.

[1] Ont disparu de la liste figurant à l'art. 2331 c. civ. : les frais de dernière maladie (en raison de l'instauration de la sécurité sociale) et les frais de nourriture (devenu désuet). Voir : anc. art. 2331 c. civ. : « Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, et s'exercent dans l'ordre suivant : 3º Les frais quelconques de la dernière maladie, quelle qu'en ait été la terminaison, concurremment entre ceux à qui ils sont dus ; 5º Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille pendant la dernière année (…). »

[2] Art. 2331 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont :

1° Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ;

2° Les frais funéraires ;

3° Les rémunérations et indemnités suivantes :

« – les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ; [...]

4° Pendant la dernière année, les produits livrés par un producteur agricole dans le cadre d'un accord interprofessionnel à long terme homologué, ainsi que les sommes dues par tout contractant d'un exploitant agricole en application d'un contrat-type homologué. »

[3] Le privilège des frais funéraires inclut les frais d'ensevelissement, de cérémonie, mais pas les frais de transport.

[4] Art. 806 c. civ. : « Le renonçant n'est pas tenu au paiement des dettes et charges de la succession. Toutefois, il est tenu à proportion de ses moyens au paiement des frais funéraires de l'ascendant ou du descendant à la succession duquel il renonce. »

– Les *salariés* bénéficient du privilège des salaires ordinaires pour leurs six derniers mois de salaires (art. 2331 3° c. civ.[1]). La liste (fastidieuse) des créances salariales et assimilées[2] garantit le paiement du travail, ce qui répond à une fonction vitale pour le créancier, par ailleurs économiquement utile.

– Le paiement des produits agricoles livrés par un agriculteur est également protégé (depuis 2021[3]), pendant un an (art. 2331 4°). Là encore, il s'agit de protéger le produit du travail.

L'existence de ces privilèges mobiliers généraux peut être justifiée par un ou deux types de *justification* : tous ces créanciers ont travaillé, et ils ont réalisé une prestation économiquement utile au débiteur. Cet aspect n'explique toutefois pas véritablement le caractère général du privilège. Deux considérations semblent présentes :

– les salariés et les agriculteurs ont un besoin vital de percevoir leur ressource, salaire ordinaire pour les uns, prix de livraison de leurs production pour les autres.

– les juristes et les pompes funèbres réalisent des prestations profitables à une collectivité : le débiteur (défaillant ou défunt) en bénéficie moins que l'ensemble des créanciers ou des vivants.

---

[1] Art. 2331 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont : (…) 3° Les rémunérations et indemnités suivantes :

– les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ;

– le salaire différé, pour l'année échue et pour l'année courante, institué par l'article L. 321-13 du code rural et de la pêche maritime ;

– les créances du conjoint survivant instituées par l'article 14 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social et l'article L. 321-21-1 du code rural et de la pêche maritime ;

– l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 du code du travail et l'indemnité de précarité d'emploi prévue à l'article L. 1251-32 du même code ;

– l'indemnité due en raison de l'inobservation du préavis prévue à l'article L. 1234-5 du code du travail et l'indemnité compensatrice prévue à l'article L. 1226-14 du même code ;

– les indemnités dues pour les congés payés prévues aux articles L. 3141-24 et suivants du même code ;

– les indemnités de licenciement dues en application des conventions collectives de travail, des accords collectifs d'établissement, des règlements de travail, des usages, des dispositions des articles L. 1226-14, L. 1234-9, L. 7112-3 à L. 7112-5 du code du travail pour la totalité de la portion inférieure ou égale au plafond visé à l'article L. 3253-2 du même code et pour le quart de la portion supérieure audit plafond ;

– les indemnités dues, le cas échéant, aux salariés, en application des articles L. 1226-15, L. 1226-20, L. 1226-21, L. 1235-2 à L. 1235-4, L. 1235-11, L. 1235-12, L. 1235-14 et L. 1243-4 du code du travail ; (...) ».

[2] Y sont également assimilés par l'art. L. 131-8 du code de la propriété intellectuelle, les auteurs, compositeurs et artistes pour le paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres.

[3] Ce privilège avait été créé par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, mais l'anc. art. 2332-4 c. civ. ne précisait pas son assiette.

515. Le **privilège des frais de justice** permet à des professionnels de justice qui effectuent les opérations de liquidation des biens figurant dans le patrimoine du débiteur d'obtenir une priorité de paiement envers les créanciers qui bénéficient de l'exécution forcée.

Les *frais de justice* naissent lors des différentes phases de la procédure judiciaire : ils sont dus aux professionnels de justice (notamment les commissaires de justice) qui effectuent des actes utiles à l'ensemble des créanciers impayés. Ce sont des « frais faits dans l'intérêt commun des créanciers pour la conservation, la liquidation et la réalisation des biens du débiteur » (Req., 1er avril 1890[1]).

- Les frais de scellés ou d'inventaire dus au commissaire de justice (ancien huissier de justice), les frais de l'action oblique dus au créancier agissant au nom et pour le compte du débiteur sont exposés en début de phase d'exécution forcée ; il en va de même pour les frais conservatoires[2].
- Les frais de réalisation des biens, tels que les frais de vente forcée (environ 20% du produit de la vente aux enchères publiques), dus au commissaire de justice (ancien commissaire-priseur) sont exposés en phase finale. Le commissaire de justice n'invoque que rarement son privilège, car il dispose d'une prérogative plus efficace : l'action directe-sûreté (infra) lui permettra d'obtenir un prélèvement à la source[3], effectué sur le prix versé par le tiers-acquéreur.
- Les frais de justice nés après l'ouverture de la faillite profitent aux créanciers impayés, soumis à la procédure collective du débiteur professionnel. Les professionnels de justice sont alors des créanciers postérieurs.

L'assiette des biens inclus dans le privilège des frais de justice dépend de l'*utilité (économique) des opérations* effectuées par les professionnels de justice[4]. Seuls les créanciers impayés qui tirent profit de l'activité des professionnels de justice seront exposés au privilège.

- Le créancier alimentaire est un créancier hors faillite : il ne profite pas de l'activité de l'administrateur judiciaire. Donc le privilège de ce celui-ci est inopposable à celui-là.
- Les frais de l'administrateur judiciaire profitent, en principe, à tous les créanciers impayés (soumis à la procédure collective du débiteur professionnel). En décidant que l'administrateur judiciaire est un créancier postérieur, la chambre commerciale affirme que l'activité de l'administrateur judiciaire ne profite qu'aux créanciers postérieurs (Com., 11 juin 2014[5]).

---

[1] Req., 1er avril 1890, D.P. 1891.1.364 : « frais faits dans l'intérêt commun des créanciers pour la conservation, la liquidation et la réalisation des biens du débiteur ».

[2] Com., 15 octobre 2013, n°12-23.830, Bull. ; D. 2013 p. 2461, note Alain Lienhard ; Revue des sociétés, 2013, p. 728, note Philippe Roussel Galle : « La créance de dépens née d'un acte ou d'une opération potentiellement utile à la procédure (...) est éligible au privilège légal assorti du rang attribué aux frais de justice »

[3] Le commissaire de justice prélèvera les frais de la vente publique sur la somme payée par le tiers-acquéreur (sûreté de 3ème phase), de sorte que son privilège pour frais de justice n'apparaîtra pas en tant que tel. Sauf conflit avec un rétenteur (infra, droit de rétention).

[4] Manuella Bourassin, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2026, n°903, p.654 : « Le privilège des frais de justice diffère des autres privilèges en ce que la créance garantie n'est pas, à proprement parler, une créance contre le débiteur ».

[5] Com., 11 juin 2014, n°13-17997 et n°13-18112, Bull. n°103 ; D. 2014, p.1270, obs. A. Lienhard : en présence d'une liquidation judiciaire d'un débiteur professionnel, « les créances hypothécaires priment les frais de justice postérieurs

L'assiette du privilège des frais de justice n'est donc pas générale : elle n'inclut que des biens conservés ou liquidés au profit de certains créanciers ; le privilège des frais de justice est inopposable aux créanciers qui ne tirent pas profit de l'activité d'un professionnel de justice.

Le privilège des frais de justice fonctionne donc de manière très complexe.

- Le commissaire de justice (anc. huissier) qui dresse l'inventaire des biens du débiteur bénéficie d'un privilège opposable à l'ensemble des créanciers impayés, à l'exclusion de ceux qui bénéficient d'une sûreté publiée ou constituée antérieurement (hypothèque, nantissement de créance).
- En revanche, le commissaire de justice (anc. commissaire-priseur) qui procède à la vente forcée de l'immeuble effectue un acte profitable au créancier hypothécaire (ainsi à tous ceux qui ont vocation à se répartir le prix de l'immeuble).

516. Les **privilèges mobiliers généraux du code civil** présentent deux caractères propres : ils sont destinés à garantir quelques créances d'un montant faible ou cantonné ; ils établissent un « filet de sécurité » au profit des créanciers protégés.

Le *montant réduit des créances privilégiées* est destiné à limiter l'impact subi par les créanciers chirographaires.

- Les frais funéraires sont d'un montant réduit ;
- Les frais de justice permettent de payer les opérations de liquidation du patrimoine (d'un défunt ou d'un failli) ;
- Les salaires (cantonnés à six mois) doivent normalement être payés sans délai : l'employeur qui ne peut pas verser les salaires doit se placer en redressement judiciaire.

  Sauf insolvabilité lourde du débiteur, le prélèvement prioritaire effectué par les privilégiés n'est (normalement) pas à nature à absorber tout l'actif mobilier du débiteur[1]. La vocation subsidiaire au paiement des créanciers chirographaires n'est donc pas complètement détruite.

Sur la masse des meubles du débiteur, ces créanciers disposent d'une chance de paiement, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement unique. Un créancier peut être protégé à la fois par un privilège mobilier général du code civil et également aussi par un autre privilège extérieur au code civil. C'est le sens de la formulation liminaire employée à l'article 2331 c. civ., « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances

au jugement d'ouverture de la procédure collective ».

[1] D'autant plus que le paiement de certaines dettes (frais funéraires, salaires postérieurs dus par l'employeur en procédure collective) est assuré par des tiers (héritiers, AGS : infra).

privilégiées sur la généralité des meubles (...) » peuvent également être établies par un privilège (général mobilier) résultant d'une loi spéciale, extérieure au code civil donc.

b/ Les privilèges mobiliers généraux extérieurs au code civil : *certaines dettes professionnelles du débiteur*

517. Les **privilèges mobiliers généraux extérieurs au code civil** sont établis par « des lois spéciales » (art. 2331 c. civ.) dont certaines sont bien plus anciennes que le code civil. Le privilège du Trésor public est consubstantiel à la création de l'État et a été étendu (en 1945) au profit de l'Urssaf (caisses de sécurité sociale). Le privilège des créanciers postérieurs, né en 1985, permet de solvabiliser le débiteur professionnel en procédure collective.

Actuellement, ces privilèges mobiliers généraux pèsent sur les entreprises (*débiteur professionnel*) : c'est nécessairement le cas pour le paiement des cotisations sociales et en cas de procédure collective ; ce sera également le cas pour le versement de certains impôts et taxes (tva ; …) dus spécifiquement par des débiteurs professionnels.

La multiplicité des régimes spéciaux (notamment en matière fiscale) est telle que leur étude approfondie (conduisant à distinguer entre des privilèges mobiliers généraux dits « de premier rang »[1] et d'autres dits « de second rang ») relève de droits spéciaux.

En résumant (grossièrement), le régime applicable à deux catégories de privilèges retient l'attention : celui applicable aux privilèges du Trésor public et de l'Urssaf et celui applicable aux créanciers postérieurs.

517-1. D'**autres privilèges mobiliers généraux** existent, en dehors du code civil : ainsi,

– le privilège de l'article L 3253-22 du code du travail[2], dit privilège de pluviôse, qui garantit le paiement des salaires dans un marché de travaux publics ;

– celui des clients d'une entreprise d'assurance (art. L 327-2 c. ass.[3]).

[1] Voir, par exemple, pour les contributions indirectes, l'art. 1927 cgi instaure un privilège dit de premier rang : « (…) l'administration a, sur les meubles et effets mobiliers des redevables, privilège et préférence à tous les créanciers, à l'exception des frais de justice, de ce qui est dû pour six mois de loyer seulement et sauf aussi la revendication dûment formée par le propriétaire des marchandises en nature qui sont encore sous balle et sous corde. »

[2] Art. L 3253-22 c. trav. : « Les sommes dues aux entrepreneurs de travaux publics ne peuvent être frappées de saisie ni d'opposition au préjudice soit des salariés, soit des fournisseurs créanciers à raison de fournitures de matériaux de toute nature servant à la construction des ouvrages.

« Les sommes dues aux salariés à titre de salaire sont payées de préférence à celles dues aux fournisseurs. »

[3] Art. L 327-2 c. ass. : « L'actif mobilier des entreprises françaises soumises au contrôle de l'Etat par l'article L. 310-1 est affecté par un privilège général au règlement de leurs engagements envers les assurés et bénéficiaires de contrats et au remboursement par préférence des primes payées par les personnes ayant exercé leur droit à renonciation en application de l'article L. 132-5-1. Ce privilège prend rang après le 6° [5°, depuis ord. 15 sept. 2021 réformant le droit des sûretés] de l'article 2331 du code civil.

« Il en est de même de l'actif immobilier. Ce privilège prend rang après le 2° de l'article 2375 du code civil. »

518. Les **privilèges mobiliers généraux du Trésor public**[1] **et ceux des caisses de sécurité sociale** (Urssaf[2]) sont extérieurs au code civil (bien qu'ils soient brièvement mentionnés aux articles 2331-1 c. civ.[3] et 2332-2 c. civ.[4]). Ils fonctionnent de manière relativement similaire : assis sur l'ensemble des biens mobiliers du débiteur (normalement professionnel), ils restent partiellement occultes. Afin que la présence de ces créances n'absorbe pas tout l'actif du débiteur, leur montant sera cantonné.

Une *publicité restreinte* de ces privilèges est organisée (et effectuée sur le registre des entreprises[5]), lorsque les créances sociales et fiscales atteignent à la fois un certain montant et une certaine durée, selon des seuils variables[6]. Un créancier pourra alors estimer non pas exactement, mais globalement, le montant de ce passif privilégié : l'état de la question est tellement complexe et évolutif que l'on se contentera d'une vision très approximative.

518-1. L'**assimilation entre les créances fiscales et sociales** est devenue traditionnelle. L'Urssaf et le Trésor public bénéficient du privilège du préalable[7].

En l'état actuel d'un droit très mouvant[8], les créances de la *sécurité sociale* doivent faire l'objet

[1] Art. 1920 code général des impôts (cgi) : « 1. Le privilège du Trésor en matière de contributions directes et taxes assimilées s'exerce avant tout autre sur les meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables en quelque lieu qu'ils se trouvent.
« Ce privilège s'exerce, lorsqu'il n'existe pas d'hypothèques conventionnelles, sur tout le matériel servant à l'exploitation d'un établissement commercial, même lorsque ce matériel est réputé immeuble par application des dispositions du premier alinéa de l'article 524 du code civil. » Voir aussi : art. 1929 quater cgi et art. 379 bis c. des douanes.

[2] Art. L 243-4 du c. sécu. soc. : « Le paiement des cotisations et des majorations et pénalités de retard est garanti pendant un an à compter de leur date d'exigibilité, par un privilège sur les biens meubles du débiteur, lequel privilège prend rang concurremment avec celui des gens de service et celui des salariés établis respectivement par l'article 2331 du code civil et les articles L. 625-7 et L. 625-8 du code de commerce. (...) »

[3] Art. 2331-1 c. civ. : « Les privilèges du Trésor public et des caisses de sécurité sociale sont déterminés par les lois qui les concernent. »

[4] Art. 2332-2 c. civ. (dans la section 3e relative au classement des privilèges) : « Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre de l'article 2331, à l'exception du privilège du Trésor public, dont le rang est déterminé par les lois qui le concernent, et du privilège des caisses de sécurité sociale, qui vient au même rang que le privilège des salariés.
« Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. »

[5] Ordonnance n°2021-1189 du 15 septembre 2021 portant création du Registre national des entreprises

[6] Art. L 243-5 c. sécu. soc. : « Dès lors qu'elles dépassent un montant fixé par décret, les créances privilégiées en application du premier alinéa de l'article L. 243-4, dues par un commerçant (...) doivent être inscrites à un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance dans le délai de neuf mois suivant leur date limite de paiement ou, le cas échéant, la date de notification de l'avertissement ou de la mise en demeure (...).
« Toutefois, l'organisme créancier n'est pas tenu d'inscrire ces créances lorsque le débiteur respecte un plan d'apurement échelonné de sa dette. Dès que le plan est dénoncé, l'organisme créancier doit procéder à l'inscription dans un délai de deux mois.
« En cas de procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires du redevable ou d'un tiers tenu légalement au paiement de ces sommes, le privilège dont l'inscription n'a pas été régulièrement requise à l'encontre du redevable ne peut plus être exercé pour les créances qui étaient soumises à titre obligatoire à cette inscription.
« L'inscription conserve le privilège pendant deux années et six mois à compter du jour où elle est effectuée. Elle ne peut être renouvelée. (…) ».

[7] *Régime général de l'obligation,* n°811.

d'une inscription lorsqu'est atteint un seuil, variable selon la taille de l'entreprise[1], et que les créances sont impayées depuis plus de six mois. Les créances sociales suivent le régime des salaires, pour ce qui est du droit de préférence. En présence d'une faillite du débiteur (procédure collective ou surendettement), les caisses de sécurité sociale peuvent accorder des remises de dettes[2] (imposées en présence de majorations de retard[3]).

En présence d'une *créance fiscale*, un régime analogue, tout aussi mouvant[4], est instauré : la publicité est imposée pour une dette due depuis plus de six mois, lorsqu'un seuil, variable selon la taille de l'entreprise[5], est dépassé.

519. Le **privilège (occulte) des créanciers postérieurs** garantit l'ensemble des créanciers dont la créance naît après l'ouverture de la procédure collective dont le débiteur professionnel fait l'objet. Ce privilège, combiné au paiement immédiat, solvabilise le débiteur en faillite : grâce au gel des paiements (imposé à l'ensemble des créanciers « antérieurs »[6]), les ressources perçues par le débiteur lui permettront de faire face à ses dépenses courantes (paiement immédiat[7]) ; en cas d'impayé, ces créanciers postérieurs bénéficient d'un privilège mobilier général occulte.

La liste des créances postérieures fait apparaître deux catégories de créanciers :

– Ceux qui *assurent la survie* économique d'un débiteur professionnel, le temps de la procédure collective (art. L 622-17 c. com.[8]). Ils fournissent une prestation au débiteur (travail pour les salariés, les frais de justice[9], électricité,

[8] La loi du 26 juillet 2005 avait supprimé la référence à un seuil : le privilège devait être inscrit dès le premier € dû depuis plus de six mois. La loi du 21 déc. 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 avait réintroduit un seuil, ultérieurement supprimé. Dernièrement, il a été réintroduit (art. 62 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE).

[1] Art. D 243-3 c. sécu. soc. (décret n°2007-459 du 25 mars 2007) : 20% pour les créances dues par les travailleurs indépendants ; 33% des créances dues par les employeurs occupant moins de 50 salariés ; 50% des créances dues dans les autres cas. Le décret a été modifié et distingue selon les créances dues par un entrepreneur indépendant (10.000€), par un employeur de moins de 50 salariés (15.000€) ou de plus de 50 salariés (20.000€).

[2] Art. L 256-4 c. sécu. soc. (« les cotisations (...) peuvent être réduites en cas de précarité de la situation du débiteur par décision motivée par la caisse. ») ; art. L 633-1 c. sécu. soc.

[3] Art. L 243-5 in fine c. sécu. soc. : « En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, les pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture sont remis. »

[4] Auparavant, la publicité n'était exigée qu'en présence d'une dette due depuis plus d'un an ; ou lorsque qu'elle était échue depuis plus de trois mois et que son montant dépassait 12.000 €. *A contrario*, était donc occulte, toute créance fiscale de moins de trois mois, quel que soit son montant ; ainsi que la créance fiscale datant de plus de 3 mois et de moins de 1 an, mais qui ne dépassait pas 12.000 €.

[5] Décret n°2007-568 du 17 avril 2007, pris en application de la loi n°2005-1720 du 30 déc. 2005 (loi de finances rectificative).

[6] Art. L 622-21 c. com. Voir : Com., 17 février 2015, n°13-26.931, Bull. (absence d'exécution forcée d'une créance antérieure).

[7] *Régime général de l'obligation*, n°960 et suiv.

[8] Art. L 622-17 I c. com. : « I.-Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance. »

[9] Com., 15 octobre 2013, n°12-23.830, Bull. ; D. 2013 p. 2461, note Alain Lienhard ; Revue des sociétés, 2013, p. 728, note Philippe Roussel Galle.

eau courante et téléphone[1]) « en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité » (art. 611-11 c. com.[2]). Les créances postérieures sont aussi bien contractuelles (nées « pour les besoins de la procédure (…) ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur[3] » : art. 622-17-I c. com.), que créances légales (fiscales[4] ou sociales). La jurisprudence parle de créances « inhérentes à l'activité du débiteur »[5].

– Ceux qui (sur autorisation du juge) acceptent de faire crédit à un débiteur en faillite (« *privilège de l'argent frais* »). L'autorisation du juge-commissaire est exigée : il s'agira de vérifier que le débiteur professionnel sera en mesure de rembourser.

Le privilège mobilier général dont bénéficient les créanciers postérieurs (à l'ouverture de la procédure collective) reste *occulte*. Aucune mesure de publicité n'est organisée. L'existence même de privilège est de nature à ruiner tout espoir de paiement nourri par les créanciers chirographaires : en présence de dettes professionnelles, le droit de préférence des créanciers postérieurs s'exercera sur les quelques biens saisissables qui resteront disponibles. Aux yeux du législateur, il est acquis que les créanciers chirographaires ne percevront rien.

Le privilège des créanciers postérieurs octroie spécifiquement un *droit de préférence*, qui sera mis en œuvre par un prélèvement prioritaire exercé lors de la phase de répartition (4ème phase) : le produit de la vente des meubles du débiteur professionnel sera prioritairement attribué aux créanciers postérieurs. Parmi ces créanciers postérieurs, certains bénéficient de deux privilèges mobiliers généraux : les créances de

[1] À l'inverse, « La créance de taxe foncière n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure au sens de l'article L. 641-13, I, du code de commerce » (Com., 14 oct. 2014, n°13-24.555, Bull. ; D. 2014, p. 2109, note Alain Lienhard).

[2] Art. L 611-11 c. com. : « En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti (...) un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Les personnes qui fournissent, dans le même cadre, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. (...) ». En présence d'une activité agricole : art. L 351-6 al. 2 c. rur. et pêche mar. (« En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti (...) un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'exploitation et sa pérennité bénéficient du privilège prévu par l'article L. 611-11 du code de commerce. »)

[3] On songe notamment au maintien de l'électricité et du téléphone, aux déplacements du liquidateur, à la surveillance éventuelle des locaux …

[4] Com. 22 février 2017, n°15-17.166; Bull. ; D. 2017, p. 452 (la taxe d'apprentissage figure parmi les créances prioritaires).

[5] La jurisprudence parle de créances « inhérentes à l'activité » du débiteur (Com. 15 juin 2011, n°10-18.726, D. 2011, p. 1677, obs. A. Lienhard ; D. 2011, p. 2687, H. Guillou ; D. 2012, p. 1573, obs. P. Crocq ; RTD com. 2011. 640, obs. A. Martin-Serf) ou « inhérente à l'exercice professionnel » (Civ. 2e, 16 sept. 2010, n°09-16.182, D. 2011, p. 2069, obs. P.-M. Le Corre ; RTD com. 2011. 640, obs. A. Martin-Serf).

salaires et les frais de justice sont visées à la fois à l'article 2331 c. civ. et à l'article L 622-17 c. com.

520. Les **créances postérieures des salaires et les frais de justice** peuvent bénéficier d'une protection cumulative par le privilège mobilier général du code civil et par le privilège qui protège les créanciers postérieurs. Le régime applicable aux salaires présente quelques singularités ponctuelles, mais le mécanisme applicable aux deux créances reste fondamentalement le même.

Les *salariés* confrontés à un employeur en procédure collective bénéficient d'une double protection, en fonction de la date de naissance de leur créance.

– Les salaires impayés dus avant l'ouverture de la procédure collective sont protégés par le seul privilège des salaires ordinaires (art. 2331 c. civ.).

– Les salaires impayés nés après l'ouverture de la procédure collective sont des créances postérieures : ils sont protégés à la fois par le privilège des salaires ordinaires et par le privilège des créanciers postérieurs (art. L 625-7 c. com.[1]), qui possède alors une dénomination propre : le *superprivilège* des salariés.

– Le *superprivilège des salariés* (art. 3253-2 c. trav.[2], mentionné à l'art. 2332-4 c. civ.[3]) garantit les deux derniers mois de salaires (incluant les accessoires comme les indemnités de congés-payés), mais pour un montant plafonné[4]. En cas de liquidation judiciaire de l'entreprise, les salariés[5] invoqueront leur qualité de créanciers postérieurs (en conflit avec d'autres créanciers postérieurs : les fournisseurs impayés, les cotisations sociales non versées …).

---

[1] Art. L 625-7 c. com. : « Les créances résultant d'un contrat de travail sont garanties en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde :

1° Par le privilège établi par les articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail, pour les causes et montants définis auxdits articles ;

2° Par le privilège du 3° de l'article 2331 et du 2° de l'article 2377 du code civil. »

[2] Art. L 3253-2 al. 1er c. trav. (anc. art. 143-10 c. trav.): « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont, déduction faite des acomptes déjà perçus, payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires. »

[3] Art. 2332-4 c. civ. (loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle) : « Les sommes dues aux producteurs agricoles par leurs acheteurs sont payées, lorsque ces derniers font l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée à l'exception de celles garanties par les articles L. 3253-2 et L. 3253-5 du code du travail, à due concurrence du montant total des produits livrés par le producteur agricole au cours des quatre-vingt-dix jours précédant l'ouverture de la procédure. »

[4] Art. L 3253-2 al. 2 c. trav. : « Ce plafond est fixé par voie réglementaire sans pouvoir être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale. » Soit environ 4.000€/mois

[5] Quand l'AGS a dû payé (en tant que caution), l'organisme exerce son recours subrogatoire : mais il est déclassé (afin de ne pas concurrencer les salariés, pour la partie de salaire non garantie par l'AGS).

Lors de la procédure collective de leur employeur, la priorité donnée au paiement des salaires conduit le législateur à prévoir différentes mesures préventives spécifiques qui ne sont pas prévues au profit des frais de justice (le paiement immédiat[1] ; le versement d'une provision[2] ; le cautionnement par l'AGS[3] quand l'organisme a dû verser le salaire direct[4]). Si les salaires sont, en tout ou en partie, impayés, les salariés exerceront leurs privilèges (ce qui signifie qu'ils ne seront payés qu'après la liquidation des biens de leur employeur) : ils invoqueront alors *éventuellement deux droits de préférence*, celui des salaires ordinaires pour les six derniers mois de salaires[5] (art. 2331 c. civ.) et le superprivilège pour les deux derniers mois. Quant aux frais de justice, le même mécanisme est applicable : le créancier impayé invoque soit le privilège du code civil, soit son privilège de créancier postérieur[6], en fonction de son intérêt (c-à-d. du classement de son droit de préférence : infra).

(521- à 524. réservés)

525. Les **privilèges généraux mobiliers**, prévus par le code civil et ceux instaurés par des lois spéciales, sont des droits de préférence octroyés par le législateur au profit

[1] Art. L 622-17 al. 1er c. com. : « I.- Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance. »

[2] Art. L 625-8 c. com. : « Nonobstant l'existence de toute autre créance, les créances que garantit le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail doivent, sur ordonnance du juge-commissaire, être payées dans les dix jours du prononcé du jugement ouvrant la procédure par le débiteur ou, lorsqu'il a une mission d'assistance, par l'administrateur, si le débiteur ou l'administrateur dispose des fonds nécessaires.

« Toutefois, avant tout établissement du montant de ces créances, le débiteur ou l'administrateur s'il a une mission d'assistance doit, avec l'autorisation du juge-commissaire et dans la mesure des fonds disponibles, verser immédiatement aux salariés, à titre provisionnel, une somme égale à un mois de salaire impayé, sur la base du dernier bulletin de salaire, et sans pouvoir dépasser le plafond visé à l'article L. 143-10 du code du travail.

« A défaut de disponibilités, les sommes dues en vertu des deux alinéas précédents doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds. (...) ».

[3] Assurance pour la garantie des salaires (AGS) : art. L 3253-6 c. trav. : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. » Également : art. L 1251-49 et suiv. c. trav. (garantie financière d'une entreprise de travail temporaire). L'AGS est assimilable à un cautionnement (supra) : elle est déclenchée par l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire.

[4] Soc., 2 juillet 2014, n°13-11.948, Bull. ; Revue des sociétés, 2014, p. 533-534, note Laurence Caroline Henry ; Revue de jurisprudence sociale, 2014, décision n°690, p. 592-593 ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, 2014, décision n°774, p. 736-737 : (abstrat) « le plafond de garantie ne concerne que le montant des créances du salarié, à l'exclusion des cotisations et contributions versées aux organismes sociaux ».

[5] Com., 11 juin 2014, n°13-17.997 et n°13-18.112, Bull. n°103 ; D. 2014, p.1270, obs. A. Lienhard : (abstrat) « (…) les créances [de l'article L. 3253-16, 2°, du code du travail] sont légalement réputées êtres des créances antérieures, sans distinction de date de naissance, et, lorsqu'elles bénéficient du privilège général des salaires, priment, en application de l'article 2376 du code civil, les créances hypothécaires ».

[6] Com., 21 septembre 2010, n°09-68.604, Bull. ; D. 2010, p. 2223, note Alain Lienhard ; JCP E 2010, Panorama, n°1913, p. 34 : (abstrat) « Les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture, notamment la rémunération des mandataires de justice, sont réglés dans l'ordre prévu pour les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture. »

de créanciers qui ne sont normalement pas exposés au risque d'insolvabilité de leur débiteur, si du moins les meubles du débiteur peuvent apurer le passif.

Afin de limiter l'impact mécanique créé par ces privilèges mobiliers généraux, le législateur limite le plus souvent le montant des créances garanties :

- elles seront limitées à deux mois (superprivilège des salariés) ou six mois de salaires (privilège des salaires ordinaires) ;
- elles seront d'un montant cantonné pour les créances fiscales et les créances envers l'Urssaf. Si leur montant est supérieur, il faudra avertir les tiers, en publiant sur le registre des entreprises ;
- le juge-commissaire n'autorise que les dépenses nécessaires, lorsque le débiteur professionnel est en procédure collective ;
- les frais de justice sont limités aux opérations de liquidation du patrimoine et les frais d'inhumation sont, par leur objet, limités.

Les privilèges sont tous occultes (aucune mesure de publicité n'est organisée pour informer les tiers). Ils garantissent des créances relativement diverses : des créanciers utiles à la collectivité (frais de justice, fisc), du travail (salariés et agriculteur), qui permettent la survie d'un professionnel en faillite (créanciers postérieurs). Parmi ces créanciers, certains bénéficient d'une seconde chance de paiement : leur privilège s'étendra également aux immeubles.

2/ Les privilèges immobiliers généraux : *la masse des immeubles*

526. Les **privilèges immobiliers généraux** (art. 2376 c. civ.[1]) portent sur la masse des immeubles du débiteur, à savoir l'ensemble de son patrimoine foncier. Ils garantissent des créances déjà garanties par un privilège général mobilier ce qui signifie donc, en substance, que ces créanciers ont vocation à primer systématiquement tous les créanciers chirographaires. Quel que soit le bien faisant l'objet d'une vente forcée, meuble ou immeuble, ces créanciers privilégiés auront une vocation prioritaire au paiement, ce qui signifie mécaniquement que les créanciers chirographaires n'auront

[1] Art. 2376 c. civ. : « Les privilèges immobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux.
« Ils sont dispensés de la formalité de l'inscription.
« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.
« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers mais ne confèrent pas de droit de suite.
« Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

désormais plus qu'une vocation (systématiquement) subsidiaire au paiement. Le risque d'insolvabilité sera donc intégralement transféré sur ceux-ci.

Afin de garantir effectivement le paiement de ces créances privilégiés, le législateur n'impose aucune formalité. Selon l'article 2376 al. 3 c. civ., ces privilèges immobiliers généraux sont *occultes* (à la différence des hypothèques générales, soumises à inscription) : « Ils sont dispensés de la formalité de l'inscription ». Tout créancier est réputé savoir qu'un passif privilégié peut exister sur les immeubles du débiteur, à raison de trois types de créances :

- les frais de justice (art. 2377 1° c. civ.[1]) ;
- les salaires ordinaires (art. 2377 2° c. civ.[2]) ;
- les créanciers postérieurs d'un débiteur professionnel en procédure collective (art. 622-17 c. com.).

Ces privilèges immobiliers généraux fonctionnent différemment, afin de limiter l'atteinte portée aux chances de paiement d'autres catégories de créanciers : le privilège des frais de justice et celui des salaires ordinaires est subsidiaire ; le privilège des créanciers postérieurs est mal classé.

526-1. D'autres créanciers, dépourvus de privilège immobilier au sens technique du terme, mais bénéficiant d'une **hypothèque générale** (art. 2392 c. civ.[3]) seront protégés à la condition d'inscrire sur n'importe quel immeuble appartenant au débiteur.

Les hypothèques générales (art. 2393 c. civ.[4]) protègent notamment les frais funéraires, le Trésor

[1] Art. 2377 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des immeubles sont :
1° Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ; (...) »

[2] Art. 2377 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des immeubles sont :
2° Les rémunérations et indemnités suivantes :
- les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ; (...) »

[3] Art. 2392 c. civ. : « Les hypothèques légales sont générales ou spéciales.
« Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur. Il peut prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés, par la suite, dans le patrimoine de son débiteur.
« Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque spéciale ne peut inscrire son droit que sur l'immeuble sur lequel elle porte. »

[4] Art. 2393 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale générale est attachée sont :
1° Celles de l'un des époux contre l'autre ;
2° Celles des mineurs ou des majeurs en tutelle contre l'administrateur légal ou le tuteur ;
3° Celles de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics contre les receveurs et administrateurs comptables ;
4° Celles du légataire, sur les biens immeubles de la succession, en vertu de l'article 1017 ;
5° Celles des frais funéraires ;
6° Celles ayant fait l'objet d'un jugement, contre le débiteur condamné ;
7° Celles du Trésor public, dans les conditions fixées par le code général des impôts ;
8° Celles des caisses de sécurité sociale, dans les conditions fixées par le code de la sécurité sociale. »

public et l'Urssaf, créanciers dotés d'un privilège mobilier général (occulte), mais à la condition d'inscrire leur hypothèque, laquelle prendra rang (comme toutes les hypothèques : infra) au jour de sa publication. La formalité de l'inscription (source de frais) suppose que le montant de la créance soit d'un montant suffisant : l'inscription de l'hypothèque est une formalité différente de l'inscription de la créance fiscale ou sociale sur le registre des entreprises.

527. Le **privilège immobilier général de l'article 2377 c. civ.** établi au profit des frais de justice et des salaires ordinaires est soumis à la règle de la subsidiarité, afin de limiter l'atteinte portée aux intérêts des autres créanciers (bénéficiant d'une sûreté immobilière).

La règle de la *subsidiarité* impose la discussion préalable (c-à-d. la saisie) des meubles. Selon l'article 2376 al. 6 c. civ. « Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. » Le créancier, titulaire d'un privilège immobilier général, ne pourra exercer sa préférence sur le prix de vente d'un immeuble qu'en cas d'insuffisance de l'actif mobilier. Sauf insolvabilité lourde du débiteur (par ailleurs propriétaire d'un immeuble), seule une fraction des frais de justice et des salaires ordinaires n'aura pas été payée.

– En droit des voies d'exécution, les meubles du débiteur en faillite sont d'abord saisis. Les créanciers bénéficiant de leur privilège mobilier général doivent alors se manifester et réclamer paiement des frais de justice pour les uns, et des salaires ordinaires pour les autres.

– La sanction de la négligence à invoquer le privilège immobilier général n'est pas précisée. Si ces créanciers n'invoquent pas leur privilège mobilier général sur les meubles en temps utile, leur négligence peut causer un dommage aux créanciers munis d'une sûreté immobilière spéciale. Une déchéance à leur égard semble la sanction appropriée.

La règle de la subsidiarité est destinée à *limiter l'atteinte portée aux intérêts de certains créanciers*, à savoir uniquement des créanciers détenteurs d'une sûreté immobilière.

– Les créanciers chirographaires, en tout état de cause, sont systématiquement primés, aussi bien sur les meubles que sur les immeubles : ils ne peuvent plus être lésés, puisqu'ils le sont déjà. Sur un immeuble valant 100€, les créanciers chirographaires n'auront droit à rien en présence de salariés impayés à hauteur de 20€ et d'un créancier hypothécaire impayé à hauteur de 80€.

– Seuls les créanciers munis d'une sûreté immobilière risquent d'être lésés quand un créancier muni d'un privilège mobilier général se montre négligent, parce qu'ils sont surclassés par les frais de justice et les salaires ordinaires (sur le classement : infra). Si, sur l'actif mobilier, les salariés auraient pu être payés intégralement (à hauteur de 20€), le classement sur l'immeuble (valant 100€) ne doit pas conduire le créancier hypothécaire (pour 90€) à n'obtenir que 80€. Il prélèvera donc 90€, et les salariés devront se contenter des reliquats (10€).

Le classement des créanciers en conflit sur un même bien (immobilier) explique donc la règle de la subsidiarité : certains créanciers (mais pas les chirographaires) ont des intérêts à protéger quand l'immeuble du débiteur sert d'assiette à d'autres sûretés réelles.

528. Les créanciers postérieurs (à la faillite du débiteur professionnel) bénéficient également d'un privilège immobilier général. Son classement (en avant-dernier rang, juste avant les créanciers chirographaires : infra) ne conduit toutefois pas à porter atteinte aux intérêts des créanciers inscrits sur l'immeuble : la règle de la subsidiarité n'est donc pas prévue.

(529- à 533. : réservés)

Conclusion I/ Les privilèges généraux

534. Les **privilèges généraux** garantissent certains créanciers sur une masse de biens, meubles voire même immeubles. Les principaux créanciers recensés (salariés, frais de justice, Trésor public, sécurité sociale, créanciers postérieurs) peuvent être répartis en deux catégories :

– Le *Trésor public et la sécurité sociale* (Urssaf) bénéficient d'un privilège mobilier général occulte, pour garantir des créances d'un montant cantonné. Au-delà de ce montant, ils doivent inscrire au registre des entreprises. Ils bénéficient également d'une hypothèque générale (sur n'importe quel immeuble dont le débiteur est propriétaire) : mais il faut inscrire spécialement au registre chargé de la publicité foncière[1] (ce qui est source de frais).

[1] Art. 2426 c. civ. : « Le service chargé de la publicité foncière fait mention, sur le registre prescrit par l'article 2447 ci-après, du dépôt des bordereaux, et remet au requérant, tant le titre ou l'expédition du titre, que l'un des bordereaux, au pied duquel il mentionne la date du dépôt, le volume et le numéro sous lesquels le bordereau destiné aux archives a été classé.
« La date de l'inscription est déterminée par la mention portée sur le registre des dépôts. »

– Les *salariés et assimilés (frais de justice) ainsi que les créanciers postérieurs* bénéficient d'un privilège général, ayant pour assiette l'ensemble des biens meubles et immeubles de leur débiteur : ces créanciers surclassent systématiquement les créanciers chirographaires.

Certaines masses de biens (meubles), voire même tous les biens sont donc affectés au paiement prioritaire de créanciers qui présentent (plus ou moins) un trait commun : ils sont *utiles à une collectivité* (les salariés à leur entreprise ; les frais de justice à la collectivité des créanciers ; le Trésor public à l'État ; la sécurité sociale aux assurés sociaux ; les créanciers postérieurs à l'entreprise dont ils assurent la survie). D'autres créanciers sont plus spécialement utiles au débiteur.

II/ Les privilèges spéciaux : *la protection de certains créanciers économiques*

535. Les **privilèges spéciaux** sont des sûretés de source légale ayant pour assiette un bien spécial du débiteur ayant un lien direct ou indirect avec l'activité que le législateur entend solvabiliser. Le bailleur impayé aura un privilège sur les meubles garnissant le local loué ; le prêteur aura une hypothèque légale spéciale sur l'immeuble dont il finance l'acquisition. Le lien entre l'assiette spéciale et la créance garantie fait apparaître deux types de justification (économique) à l'obtention par certains créanciers d'un privilège (au sens technique du terme).

Certains créanciers effectuent des opérations économiquement utiles au profit de leur débiteur : ils financent l'acquisition d'un bien qui se retrouve dans le patrimoine du débiteur ; ils payent l'entretien des parties communes de l'immeuble en copropriété … Plus généralement, leur prestation réalisée a eu pour effet d'accroître la valeur d'un bien spécifique qui figure dans le patrimoine du débiteur. *Certains créanciers économiquement utiles* bénéficieront alors d'un droit de préférence ayant pour assiette le bien dont le débiteur est enrichi.

D'autres créanciers prennent en compte un bien de valeur figurant dans le patrimoine de leur débiteur. Le prêteur sur gage n'accepte de prêter qu'à la condition d'obtenir la remise d'un bien de valeur (gage avec dépossession du débiteur), bien qui sera spécialement affecté au remboursement du prêt en cas de défaillance du débiteur. La banque ne consentira le prêt que si l'immeuble est hypothéqué. Ici, il n'existe aucun lien de nécessité entre l'obligation garantie et le bien dont la valeur est prioritairement affectée au paiement de la dette. *Certains créanciers économiquement prévoyants*

bénéficient d'un droit de préférence ayant pour assiette un bien de valeur sur lequel ils ont obtenu une "option" (comprendre : une priorité de paiement).

Le trait commun du privilège spécial est d'être justifié par des considérations économiques. Même si le code civil a subdivisé les privilèges en deux catégories (meuble, immeuble), les principes gouvernant la matière conduisent à distinguer deux fonctions : le privilège justifié par l'enrichissement du débiteur, au profit de certains créanciers économiquement utiles (1), et celui justifié par la prévision du créancier, au profit des créanciers économiquement prévoyants (2).

1/ Les privilèges de certains créanciers économiquement utiles

536. Les **privilèges de certains créanciers économiquement utiles** sont justifiés par l'enrichissement du débiteur. Ces créanciers ont fourni une prestation ayant directement enrichi le débiteur ; elle porte sur un bien qui se retrouve en nature dans le patrimoine du débiteur : il sera prioritairement affecté au créancier (économiquement utile), de sorte que la vocation des créanciers chirographaires (qui ne sont pour rien dans l'enrichissement du débiteur) restera subsidiaire.

L'obtention d'un privilège spécial est un bénéfice réservé à *certains créanciers* choisis parmi la catégorie des créanciers économiquement utiles. Lorsqu'un bien a été financé ou amélioré par la prestation fournie par un créancier (impayé), la plupart des créanciers économiquement utiles resteront chirographaires. Seuls certains seront privilégiés : le prêteur qui finance l'acquisition d'un meuble reste chirographaire, alors que s'il finance l'acquisition d'un immeuble, il obtiendra une sûreté légale. Économiquement parlant, il n'y a pas de différence ; juridiquement, si.

Le choix de privilégier certains créanciers économiquement utiles fera apparaître une liste de créanciers dont le législateur entend favoriser l'activité. La politique économique suivie en la matière peut s'expliquer par la volonté de protéger une catégorie très spécifique de créanciers (les salariés des travailleurs à domicile[1]) ou par celle d'orienter l'activité économique dans certains secteurs (les travaux de rénovation de locaux insalubres ou dangereux[2]) grâce à la détention d'une sûreté réelle (octroyée à

[1] Art. 2332 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur certains meubles sont : (...)

4° Les créances nées du contrat de travail de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile répondant à la définition de l'article L. 7412-1 du code du travail, sur les sommes dues à ce travailleur par les donneurs d'ouvrage. »

[2] Art. L 184-1 c. construc. et hab. : « Dans le cas où un établissement recevant du public est à usage total ou partiel d'hébergement et le maire a prescrit, par arrêté, à l'exploitant et au propriétaire les mesures nécessaires pour faire cesser la situation d'insécurité constatée par la commission de sécurité et, le cas échéant, pour réaliser des aménagements et travaux dans un délai fixé, le maire peut, à défaut d'exécution volontaire, et après mise en demeure

la mairie[1]). L'obtention du privilège n'est pas justifiée par un critère objectif (de particulière utilité économique de ces créanciers) : c'est un *choix purement politique*, qui conduit à subventionner l'activité de certains, en garantissant qu'une ressource du débiteur ne sera pas partagée avec les autres créanciers en cas de défaut de paiement.
Les privilèges justifiés par l'enrichissement du débiteur procuré sur un bien qui se retrouve en nature dans son patrimoine seront donc listés et classés par le législateur français. Conformément à son habitude, il distingue selon leur assiette, soit mobilière (a), soit immobilière (b).

a/ Les privilèges mobiliers spéciaux : *le conservateur et le vendeur*

537. Les **privilèges mobiliers spéciaux** sont listés à l'article 2332 c. civ.[2]. Parmi la liste de ses bénéficiaires (désormais au nombre de quatre, depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021[3]), seuls deux d'entre eux doivent être intégrés à la catégorie des créanciers économiquement utiles :

- l'un (le bailleur) est traditionnellement rattaché à un créancier économiquement prévoyant (infra) ;
- les deux suivants (conservateur et vendeur de meubles) sont effectivement économiquement utiles ;

demeurée infructueuse, procéder d'office aux travaux nécessaires pour mettre fin à la situation d'insécurité manifeste, et voir condamner l'exploitant à lui verser une provision à valoir sur le coût des travaux. (...)
« Lorsque la commune procède d'office aux travaux, elle agit en lieu et place des propriétaires, pour leur compte et à leurs frais. Sa créance est recouvrée comme en matière de contributions directes. (...) ».

[1] Art. 2402 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes :
7° Les créances de l'Etat, de la commune, de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou de la métropole de Lyon, selon le cas, nées de l'application de l'article L. 184-1, du chapitre Ier du titre Ier du livre V ou de l'article L. 521-3-2 du code de la construction et de l'habitation sont garanties sur les immeubles faisant l'objet des mesures prises en application de ces dispositions. »

[2] Art. 2332 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur certains meubles sont :
1° Toutes les sommes dues en exécution d'un bail ou de l'occupation d'un immeuble, sur le mobilier garnissant les lieux et appartenant au débiteur, y compris, le cas échéant, le mobilier d'exploitation et la récolte de l'année ;
2° Les frais de conservation d'un meuble, sur celui-ci ;
3° Le prix de vente d'un meuble, sur celui-ci ;
4° Les créances nées du contrat de travail de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile répondant à la définition de l'article L. 7412-1 du code du travail, sur les sommes dues à ce travailleur par les donneurs d'ouvrage. »

[3] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2021/9/16/JUSC2113814P/jo/texte JORF n°0216 du 16 septembre 2021) : « L'article 2332, relatif aux privilèges mobiliers spéciaux, est également toiletté et modernisé. Le privilège du bailleur d'immeuble et celui du vendeur de meuble sont considérablement simplifiés, avec la suppression de règles exorbitantes qui ne se justifient plus. Les privilèges désuets (privilège de l'hôtelier, privilège pour les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires, privilège des créances nées d'un accident) sont abrogés. »

– le dernier (salarié à domicile d'un travailleur à domicile) bénéficie non pas d'un droit de préférence, mais d'une action directe-sûreté. L'ordonnance de 2021 n'a pas rectifié l'erreur signalée par la doctrine[1].

538. Le **privilège du conservateur** garantit le paiement des « frais de conservation d'un meuble » (art. 2332 2° c. civ.). Le conservateur a évité au débiteur de subir une moins-value, un appauvrissement, en sauvegardant un bien sujet à dépérissement.
Ces frais de conservation sont entendus de manière restrictive : la dépense doit être *urgente et nécessaire (conservation physique) ou obligatoire (conservation juridique)*.

– Les frais de conservation s'appliquent à la *conservation physique* (empêcher la chose de périr : l'entreposer dans un local réfrigéré[2] ; maintenir sa fonction : réparer le moteur d'un camion[3]) ainsi qu'aux *dépenses obligatoires* (une installation devenue obligatoire en vertu d'un règlement de sécurité sur un navire ou un véhicule).

– En revanche, les frais d'entretien (d'un véhicule par un garagiste qui effectue une vidange), de réparation (d'un ordinateur nettoyé de son virus) ou d'amélioration (d'une armoire qui sera repeinte) d'un bien restent chirographaires.

Le privilège du conservateur ne bénéficie donc qu'à certains prestataires de service : la plupart de ceux qui interviennent utilement (en réparant ou en entretenant) restent chirographaires.

L'assiette du privilège du conservateur porte *sur le bien conservé* (meuble corporel, plus rarement incorporel) : l'utilité économique de l'intervention du conservateur permet d'éviter la perte d'un bien dont la valeur est normalement notablement supérieure au montant des frais de conservation. En cas de vente du bien conservé par le débiteur, l'assiette du privilège est donc perdue[4].

---

[1] Maxime Julienne, « Les privilèges mobiliers spéciaux », *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2015, n°150 : « (….) la procédure de saisie-attribution emporte au profit du créancier qui y recourt un effet attributif immédiat, qui le place hors concours (C. pr. exéc., art. L. 211-2) ». Le droit de préférence (qui suppose la vente d'un bien) ne s'applique pas : infra.

[2] Frais de dédouanement permettant d'éviter la rétention à quai d'une cargaison de bananes : Com. 16 juin 1969, Bull. n°223 : « sans ce payement, les bananes n'auraient pu être embarquées et auraient péri sur les quais de Douala [au Cameroun] ».

[3] Com. 12 janv. 1988, n°86-12.070, Bull. n°23, admettant le privilège du conservateur au bénéfice du créancier ayant procédé au remplacement du moteur d'un camion.

[4] Com. 20 juin 1978, n°76-15.297, Bull.n°174 : « (...) la société Fiat-France qui, en raison de la vente des camions, avait perdu son privilège portant sur ces seuls véhicules, ne pouvait plus faire valoir aucun droit de préférence sur l'ensemble du patrimoine de la société débitrice ».

539. Le **privilège du vendeur de meuble** est octroyé à celui qui a transféré la propriété d'un bien (meuble) sans avoir été payé. L'article 2332-3° c. civ.[1] garantit « Le prix de vente d'un meuble, sur celui-ci ».

La *créance garantie* comprend uniquement le prix convenu avec le vendeur (fournisseur de marchandises ; vendeur de matériel) qui accepte de livrer le meuble sans avoir été payé. Le vendeur attend un paiement à terme (sous 90 jours) ou un paiement fractionné (en trois fois).

- Sont exclus les dommages-intérêts moratoires ou la clause pénale (qui n'apportent aucune plus-value au débiteur). Sur le prix, le vendeur est privilégié ; sur l'indemnisation du retard, il reste chirographaire.
- Est également exclu le prêteur (banquier) qui finance l'acquisition du meuble. Les opérations d'acquisition de matériels d'équipement destinés aux professionnels ou aux particuliers financées par le crédit (professionnel ou à la consommation) enrichissent le débiteur, mais le banquier ne bénéficie d'aucun privilège.

L'assiette porte sur le *meuble qui se retrouve en nature dans le patrimoine du débiteur*, faute de quoi le droit de préférence est perdu (puisque le meuble ne peut plus faire l'objet d'une vente forcée). En conséquence,

- si le meuble a été revendu, l'assiette du privilège est perdue. Il en va de même si le meuble a été détruit.
- si le vendeur est resté propriétaire du meuble (clause de réserve de propriété : infra), le meuble impayé n'a pas intégré le patrimoine du débiteur. Le vendeur ne bénéficie donc pas du privilège.

540. Le **"privilège" du salarié d'un travailleur à domicile** (art. 2332 4° c. civ. : « 4° Les créances nées du contrat de travail de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile répondant à la définition de l'article L. 7412-1 du code du travail[2], sur les sommes dues à ce travailleur par

[1] Art. 2332 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur certains meubles sont :
3° Le prix de vente d'un meuble, sur celui-ci ; (...) »

[2] Art. L 7412-1 c. trav. : « Est travailleur à domicile toute personne qui :
1° Exécute, moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements, un travail qui lui est confié soit directement, soit par un intermédiaire ;
2° Travaille soit seule, soit avec son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin ou avec ses enfants à charge au sens fixé par l'article L. 313-3 du code de la sécurité sociale, ou avec un auxiliaire.
« Il n'y a pas lieu de rechercher :
a) S'il existe entre lui et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 8221-6 ;

les donneurs d'ouvrage. ») porte spécifiquement sur une créance (de salaire), et instaure une action directe-sûreté spécifique au profit du salarié. Techniquement, ce « privilège » n'octroie aucun droit de préférence.

L'article 2332 4° c. civ. permet d'identifier une créance garantie, ainsi que le bien servant d'assiette à la sûreté :

- l'auxiliaire salarié a conclu un contrat de travail avec un entrepreneur individuel. Le salarié (impayé de son salaire) a enrichi son employeur (travailleur à domicile), grâce à son travail : cette prestation réalisée a été facturée à un tiers (le client : donneur d'ordre).
- Le salarié impayé bénéficie d'une action directe-sûreté sur les sommes que doit le client (donneur d'ordres) à l'employeur (travailleur à domicile). Au lieu de payer son cocontractant (le travailleur à domicile), le client paiera le salarié de ce dernier.

Très curieusement, le législateur affirme que le salarié bénéficie d'un *privilège, c-à-d. d'un droit de préférence* : or, une créance n'est pas un bien qui peut être saisi, vendu, payé par un tiers-acquéreur et dont le prix pourrait être réparti. La saisie d'une créance impose au débiteur cédé de payer, à échéance, ce qu'il doit non plus au cédant (ancien créancier), mais au cessionnaire (nouveau créancier). L'erreur commise n'a pas été rectifiée par l'ordonnance de 2021 : le salarié (créancier impayé) ne bénéficie pas d'un droit de préférence, mais d'une action directe-sûreté (infra).

541. Les **privilèges du conservateur et du vendeur** s'exercent donc sur un bien meuble (corporel, éventuellement incorporel) qui sera affecté prioritairement à ces deux créanciers. Le droit de préférence, sûreté de 4ème phase, sera exercé lorsque le meuble en question sera saisi et vendu, et son prix (payé par le tiers-acquéreur) versé à fin d'attribution aux créanciers.

La justification de l'octroi d'un droit de préférence à ces deux catégories de créanciers réside dans le caractère *économiquement utile* de leur intervention : leurs prestations sont directement à l'origine de l'enrichissement du débiteur. Mais la plupart des autres créanciers, tout aussi utiles économiquement qu'eux, restent chirographaires : les frais d'entretien, le crédit qui permet d'emprunter pour acquérir un bien (qui se retrouve en nature dans le patrimoine du débiteur) ne sont pas privilégiés. Il en va de même pour les prestataires de service (peintre, informatique) même quand leur intervention procure une plus-value (à une voiture repeinte ; à un site informatique …). Leurs activités,

b) S'il travaille sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage ;
c) Si le local où il travaille et le matériel qu'il emploie, quelle qu'en soit l'importance, lui appartient ;
d) S'il se procure lui-même les fournitures accessoires ;
e) Le nombre d'heures accomplies. »

quoique profitables au débiteur, ne sont pas "subventionnées" par le législateur (avec l'argent des chirographaires).

La liste légale des créanciers privilégiés traduit donc un choix politique. Seuls quelques uns sont spécialement sortis du lot, sur les meubles. Sur les immeubles, les bénéficiaires seront différents.

b/ L'hypothèque légale spéciale sur l'immeuble : *le vendeur et le prêteur*

542. Les **hypothèques légales spéciales** (art. 2402 c. civ.[1]) (qui ont remplacé depuis 2021 l'ancienne dénomination, celle des privilèges immobiliers spéciaux : anc. art. 2374 c. civ.) garantissent des créanciers qui ont réalisé une opération économiquement utile sur un immeuble.

Les *créanciers* bénéficiant d'une hypothèque légale spéciale sont tantôt différents de ceux bénéficiant d'un privilège mobilier spécial, tantôt identiques à ceux-ci :

– le prêteur qui finance l'acquisition de l'immeuble[2] est protégé (alors qu'il ne l'est pas quand un meuble est acquis à crédit) au même titre que le vendeur d'immeuble qui accepte un paiement échelonné ou différé ;

– le syndicat de copropriété (qui assure l'entretien, l'amélioration et la conservation de l'immeuble en copropriété) bénéficie d'une hypothèque légale spéciale (et occulte : art. 2418 al. 2 c. civ.[3]) pour garantir le paiement des

[1] Art. 2402 c. civ. (ord. 2021) : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes :

1° La créance du prix de vente d'un immeuble est garantie sur celui-ci ;

2° La créance de celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble est garantie sur celui-ci pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi, et par la quittance du vendeur que ce paiement a été fait des deniers empruntés ;

3° Les créances de toute nature du syndicat des copropriétaires relatives à l'année courante ainsi qu'aux quatre dernières années échues sont garanties sur le lot vendu du copropriétaire débiteur ;

4° La créance d'un héritier ou d'un copartageant, par l'effet du partage, du rapport ou de la réduction est garantie sur les immeubles partagés, donnés ou légués ;

5° Les créances sur une personne défunte et les legs de sommes d'argent d'une part, les créances sur la personne de l'héritier d'autre part, sont respectivement garantis sur les immeubles successoraux et les immeubles personnels de l'héritier comme il est dit à l'article 878 ;

6° La créance de l'accédant à la propriété titulaire d'un contrat de location-accession régi par la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière est garantie sur l'immeuble faisant l'objet du contrat, pour la garantie des droits qu'il tient de ce contrat ;

7° Les créances de l'Etat, de la commune, de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou de la métropole de Lyon, selon le cas, nées de l'application de l'article L. 184-1, du chapitre Ier du titre Ier du livre V ou de l'article L. 521-3-2 du code de la construction et de l'habitation sont garanties sur les immeubles faisant l'objet des mesures prises en application de ces dispositions. »

[2] Lorsque le prêteur finance la quote-part indivise de l'emprunteur, son hypothèque légale s'étend sur la totalité de l'immeuble (puisqu'il en permet d'acquisition). Voir : Civ. 1ère, 9 janvier 2019, n°17-27.411, Bull. ; D. 2019 p.70 : « Même dans l'hypothèse où un prêt est souscrit par l'un seulement des acquéreurs d'un bien immobilier, pour financer sa part, l'assiette du privilège [devenu hypothèque légale en 2021] de prêteur de deniers est constituée par la totalité de l'immeuble et le prêteur, titulaire d'une sûreté légale née antérieurement à l'indivision, peut se prévaloir des dispositions de l'article 815-17, alinéa 1er, du code civil. »

[3] Art. 2418 c. civ. : « Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi.

charges communes. En revanche, sont chirographaires les créanciers des mêmes opérations (ravalement, peinture, réparation d'une chaudière …) effectuées par un propriétaire d'immeuble (en dehors d'une copropriété);

La liste des créanciers bénéficiant sur l'immeuble d'une hypothèque légale spéciale est donc entièrement différente de celle des créanciers bénéficiant sur les meubles d'un privilège mobilier spécial.

L'*immeuble* qui sert d'assiette à l'hypothèque légale spéciale sera prioritairement affecté aux créanciers, mais à la condition d'inscrire l'hypothèque[1] (pour la rendre opposable aux tiers : art. 2418 al. 1er c. civ.[2]), sauf exception (syndicat de copropriété : supra). Les frais d'inscription, à la charge du créancier, ne seront payés par le débiteur que si le contrat le prévoit. Lors d'un prêt immobilier, si la banque veut bénéficier du privilège du prêteur de deniers, il sera convenu que l'emprunteur s'acquittera des frais d'inscription.

En cas de défaillance du débiteur, les créanciers munis d'une hypothèque légale spéciale bénéficient des mêmes prérogatives que le créancier hypothécaire :

– le vendeur ou le prêteur sont garantis pour le prix de vente, ainsi que trois années d'intérêts (art. 2427 c. civ.[3]) ;

– les créanciers bénéficient du droit de préférence : l'immeuble sera saisi et vendu ; le prix payé par un tiers sera attribué aux créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription (salaires, frais de justice, syndicat de copropriété).

543. L'enrichissement du débiteur explique également le **privilège de séparation des patrimoines** en présence d'une succession. On sait que l'acceptation pure et simple d'une succession opère une confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier. Les créanciers du défunt ou, à l'inverse, les créanciers personnels de l'héritier risquent d'être menacés par l'intégration d'une masse déficitaire. Pour éviter le concours entre les créanciers personnels de l'héritier et ceux du défunt, deux privilèges symétriques sont instaurés.

« Par exception, l'hypothèque prévue au 3° de l'article 2402 est dispensée d'inscription. Elle prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les années antérieures. (...) »

[1] Depuis l'ordonnance de 2021, la légère rétroactivité prévue au profit du vendeur et du prêteur a disparu.

[2] Art. 2418 c. civ. : « Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. »

[3] Art. 2427 c. civ. (ord. 2021) : « Le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêt et arrérages, a le droit d'être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par l'inscription primitive.

Toutefois, le créancier a le droit d'être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l'hypothèque a été consentie en garantie du prêt viager défini au I de l'article L. 315-1 du code de la consommation. »

Le premier protège les créanciers de la succession et les légataires de sommes d'argent (art. 878 al. 1er c. civ.[1] ; art. 815-17 al. 1er c. civ.[2]). Ils seront payés prioritairement sur l'actif successoral, avant les créanciers personnels de l'héritier.

Le second protège les créanciers personnels de l'héritier, quand ils s'estiment menacés par une succession déficitaire (art. 878 al. 2 c. civ.).

L'article 878 al. 3 c. civ. précise le régime applicable au droit de préférence dont disposent les créanciers de l'héritier ou du défunt : l'hypothèque légale spéciale (art. 2402 5° c. civ.[3]) doit être inscrite (art. 2418 al. 1er c. civ.[4]).

544. Les privilèges justifiés par l'enrichissement du débiteur protègent donc certains créanciers économiquement utiles. Ils bénéficient, sur le bien (meuble ou immeuble) qu'ils ont soit entretenu (syndicat de copropriété), soit conservé (pour un meuble), soit vendu (meuble ou immeuble), soit acquis grâce à un prêt (immeuble) d'une sûreté réelle légale. C'est la première justification économique du droit de préférence.

2/ Les sûretés réelles des créanciers économiquement prévoyants

545. Les **sûretés réelles des créanciers économiquement prévoyants** sont octroyées à des créanciers qui prennent en compte l'existence d'un bien de valeur dans le patrimoine de leur débiteur avant de contracter. Cette catégorie regroupe deux types de créanciers.

Les *prêteurs* sont des créanciers contractuels en position de puissance. Les banques sont, aujourd'hui, les principales utilisatrices de ces sûretés réelles (contractuelles) pourvues d'un droit de préférence. Ces sûretés sont :

---

[1] Art. 878 c. civ. : « Les créanciers du défunt et les légataires de sommes d'argent peuvent demander à être préférés sur l'actif successoral à tout créancier personnel de l'héritier.
« Réciproquement, les créanciers personnels de l'héritier peuvent demander à être préférés à tout créancier du défunt sur les biens de l'héritier non recueillis au titre de la succession.
« Le droit de préférence donne lieu à hypothèque légale spéciale prévue au 5° de l'article 2402 et il est sujet à inscription conformément à l'article 2418. »

[2] Art. 815-17 c. civ. : « Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis.
« Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles.
« Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coïndivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis. »

[3] Art. 2402 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes : (…)

> 5° Les créances sur une personne défunte et les legs de sommes d'argent d'une part, les créances sur la personne de l'héritier d'autre part, sont respectivement garantis sur les immeubles successoraux et les immeubles personnels de l'héritier comme il est dit à l'article 878 ; (...) ».

[4] Art. 2418 al. 1er c. civ. : « Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. »

– le gage (mobilier[1] ou immobilier[2]), se traduisant par une dépossession du débiteur ;

– l'hypothèque[3] contractuelle (consentie pour garantir un prêt destiné à financer une opération autre qu'une acquisition immobilière, déjà garantie par l'hypothèque légale spéciale du prêteur de deniers : supra).

Le *bailleur d'immeuble* est, pour sa part, assimilé à un créancier économiquement prévoyant : il bénéficie spécifiquement d'un privilège (sûreté réelle légale) (art. 2332 1° c. civ.[4]) portant sur le mobilier présent dans le local loué, affecté prioritairement au paiement des loyers au sens large.

Le droit de préférence reconnu à la catégorie des créanciers économiquement prévoyants s'explique traditionnellement par la mainmise matérielle exercée par le créancier sur un bien appartenant à son débiteur ; à défaut, une publicité est organisée.

– la mainmise sur un bien appartenant au débiteur explique l'assimilation entre le créancier gagiste (prêteur sur gage) et le bailleur. Le prêt sur gage suppose la remise d'une chose (dépossession du débiteur) ; la location d'un immeuble pouvait être remise en cause (résiliation) si le locataire n'y plaçait pas suffisamment de meubles (afin de garantir suffisamment le bailleur[5]).

– À défaut de mainmise, une publicité sur registre sera organisée afin que les tiers soient légalement informés du fait qu'un bien de valeur (immeuble avec l'hypothèque ; meuble avec le gage sans dépossession et le nantissement) est désormais prioritairement affecté au paiement d'un créancier.

546. Le **privilège du bailleur d'immeuble** est, en réalité, reconnu parce que le bailleur permet au débiteur de se loger. Son privilège (occulte) garantit toutes les créances liées à son occupation et porte sur tous les meubles présents dans le local loué.

---

[1] Art. 2333 c. civ. : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.
« Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables. »

[2] Art. 2379 c. civ. : « Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation avec dépossession de celui qui la constitue. »

[3] Art. 2385 c. civ. : « L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation sans dépossession de celui qui la constitue. »

[4] Art. 2332 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur certains meubles sont :
1° Toutes les sommes dues en exécution d'un bail ou de l'occupation d'un immeuble, sur le mobilier garnissant les lieux et appartenant au débiteur, y compris, le cas échéant, le mobilier d'exploitation et la récolte de l'année ; »

[5] Art. 1752 c. civ. : « Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer ». L'obligation faite au locataire d'entreposer suffisamment de meubles dans le local n'est désormais appliquée qu'à des hypothèses marginales.

Les *créances garanties* découlent de l'occupation des lieux (loyers échus et non prescrits, indemnisation d'occupation[1] ou de dégradation), quel que soit le bail (d'habitation, commercial, rural, mixte ou professionnel).

L'*assiette du privilège* porte sur tous les meubles[2] « appartenant au débiteur » (art. 2332 1° c. civ.). Désormais, les meubles faisant l'objet d'une propriété-sûreté (fiducie, propriété réservée) ne figurent plus dans l'assiette du bailleur.

Le bailleur dispose d'un droit de préférence sur le prix de vente forcée des meubles qu'il a saisi[3] (mais non du droit d'obtenir l'attribution judiciaire des meubles, contrairement au créancier gagiste ou hypothécaire).

> **546-1.** En droit spécial des sûretés, le **privilège du syndicat de copropriété** est assimilé au privilège du bailleur. Selon l'article 19 al. 5 de la loi du 10 juillet 1965[4], les créances du syndicat de copropriété sont garanties par une hypothèque légale spéciale (art. 2402 3° c. civ.[5] : infra n°610), mais également par un privilège mobilier portant sur tous les meubles présents dans le local : « Ce privilège porte sur les meubles garnissant les lieux appartenant au copropriétaire ainsi que sur les sommes dues par le locataire à son bailleur. »
>
> Techniquement, le privilège portant « sur les sommes dues par le locataire à son bailleur » n'est pas un droit de préférence, mais une action directe-sûreté (infra n°752). Dès que le locataire reçoit la notification de la saisie, il doit (comme dans une cession de créance) payer le syndicat de copropriété.

(547. et 548. : réservés)

Conclusion du §1er/ La classification des sûretés réelles selon leur assiette

549. La **classification des sûretés réelles selon leur assiette (générale ou spéciale)** a permis de distinguer deux grandes catégories de créanciers qui bénéficieront d'un

[1] Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, Bull. n°171 : « Ayant énoncé que le privilège du bailleur d'immeuble s'appliquait à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit et relevé que la créance d'indemnités d'occupation déclarée par le propriétaire de l'immeuble occupé sans droit ni titre par le débiteur en liquidation judiciaire était fondée, la cour d'appel a exactement retenu que ce dernier pouvait prétendre au privilège du bailleur pour les deux années précédant le jugement d'ouverture. »

[2] En présence d'un bail rural, selon l'art. 2232 1°c. civ. « tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme » est englobé dans le privilège : les récoltes de l'année, les animaux, et même le matériel agricole.

[3] Ou bien sur l'indemnité de remplacement en cas de destruction des meubles assurés (il y a alors subrogation réelle)

[4] Art. 19 al. 5 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis : al. 1er « Les créances de toute nature du syndicat à l'encontre de chaque copropriétaire sont, qu'il s'agisse de provision ou de paiement définitif, garanties par une hypothèque légale sur son lot. (...)

al. 5 : « Les créances visées à l'alinéa 1er bénéficient, en outre, du privilège prévu par l'article 2332 1° du code civil en faveur du bailleur. Ce privilège porte sur les meubles garnissant les lieux appartenant au copropriétaire ainsi que sur les sommes dues par le locataire à son bailleur. »

[5] Art. 2402 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes :

> 3° Les créances de toute nature du syndicat des copropriétaires relatives à l'année courante ainsi qu'aux quatre dernières années échues sont garanties sur le lot vendu du copropriétaire débiteur ; »

droit de préférence.

Les sûretés réelles portant sur une *masse de biens* (meubles, immeubles, ou les deux) appartenant au débiteur sont des privilèges. Des considérations diverses expliquent leur existence :

- la puissance publique de l'État explique le privilège mobilier général du *Trésor public*, ainsi que les hypothèques légales générales (qu'il peut inscrire sur n'importe quel immeuble du débiteur). Le privilège (mobilier général) de la sécurité sociale suit un régime similaire ;
- la réalisation d'une opération profitable à une collectivité explique le privilège mobilier et immobilier général reconnu aux *frais de justice*. Les frais funéraires, avec leur privilège mobilier général, peuvent se rattacher à cette justification ;
- le besoin d'obtenir paiement d'une ressource vitale explique le privilège mobilier et immobilier général reconnu aux *salariés* ;
- la poursuite de l'activité d'un débiteur en faillite explique le privilège mobilier et immobilier général reconnu aux *créanciers postérieurs ;*

Ces privilèges généraux bénéficient à des catégories très hétérogènes de créanciers : des créanciers sociaux, fiscaux, etc mais peu de créanciers contractuellement puissants.

Les sûretés réelles portant *sur des biens particuliers* (assiette spéciale) bénéficient dans l'ensemble à d'autres catégories de créanciers. Des raisons économiques expliquent le droit de préférence dont bénéficient certains créanciers économiquement utiles et celui reconnu aux créanciers économiquement prévoyants. On remarque toutefois que :

- seuls certains créanciers, parmi ceux qui sont économiquement utiles, sont privilégiés : le choix du législateur est politique.
- le critère de la prévision économique explique bien le droit de préférence reconnu aux créanciers munis d'une sûreté contractuelle (essentiellement des banques, aujourd'hui). L'assimilation du bailleur résulte d'un choix plus politique.

La classification des sûretés réelles selon le critère de leur assiette, portant sur une masse de biens (assiette générale) ou portant sur un bien particulier (assiette spéciale), n'a rien d'évident : le législateur, d'ailleurs, utilise comme critère de classification le caractère mobilier ou immobilier du bien affecté au paiement. Le critère de l'assiette

générale ou spéciale est utilisé uniquement parce qu'il révèle une opposition entre deux grandes catégories de créanciers dont les conflits font l'histoire du droit des sûretés : ce critère apparemment neutre est déterminant du classement (hiérarchique) des sûretés réelles.

§2ème/ La hiérarchisation des droits de préférence :
le rang de chaque sûreté réelle

550. La hiérarchisation des droits de préférence consiste à fixer le rang (hiérarchique) du droit de préférence octroyé par chaque sûreté réelle quand un même bien est inclus dans l'assiette de deux sûretés réelles différentes. Lorsque les salariés (munis de leur privilège immobilier général), le banquier (créancier hypothécaire) et le syndicat de copropriété (pour le paiement des charges) réclament chacun l'attribution prioritaire du prix de vente de l'immeuble, qui faut-il payer en premier ? Si le prix ne permet pas de payer l'ensemble de ces créanciers, il faudra identifier celui qui sera lésé. C'est l'autre aspect politique de la question[1], centré sur les conflits entre créanciers.
La *clé de répartition de la pénurie*[2] impose d'effectuer un choix entre les différentes sûretés réelles en conflit sur une même assiette. Si la vente forcée de l'immeuble rapporte un prix de 100€, et que le débiteur laisse 30€ de salaires impayés (après saisie des meubles), 30€ de charges impayées et 60€ au titre de l'emprunt immobilier, il faudra donc :

- soit traiter de manière égalitaire les (ou certains) créanciers munis d'un droit de préférence (en payant une fraction : 10/12e). Ils (ou certains) seront alors en concours ;
- soit prioriser les paiements (en payant, par exemple, d'abord les salaires ; ensuite les charges puis la banque, créancier hypothécaire qui subira alors une perte). Chaque droit de préférence (octroyé par une hypothèque contractuelle, un

[1] Premier consul [Napoléon Bonaparte], in Fenet, tome XV, p.301-302 : « Pour que le Code porte une profonde impression de justice civile, il est nécessaire de concilier ces différents systèmes » [celui fondé sur la spécialité et l'inscription d'une hypothèque, favorable au créancier contractuel ; celui fondé sur la publicité, mais pouvant porter sur tous les immeubles ; celui fondé sur l'absence de spécialité et l'absence de publicité, qui permet de protéger les créanciers faibles].
[2] En l'absence de pénurie (débiteur in boni), le droit de préférence est inutile : tous les créanciers, même les chirographaires, seront payés.

privilège immobilier général, une hypothèque légale spéciale) fera l'objet d'un classement (c-à-d. d'une hiérarchisation).

Une fois fixé le rang de chaque sûreté réelle, il faudra *distribuer les fonds récoltés* lors de la liquidation du patrimoine du débiteur défaillant et insolvable. Un projet de répartition sera alors élaboré : en droit français de l'exécution forcée, il existe une particularité procédurale. Les meubles sont liquidés d'abord ; les immeubles ensuite. La solution apparaît ponctuellement (art. 2376 al. 6 c. civ.[1]) : la saisie des immeubles est subsidiaire, ce qui veut dire que la saisie des meubles est préalable.

– Selon le code des procédures civiles d'exécution, les meubles du débiteur sont d'abord vendus (livre II : art. 211-1 et suiv. c. proc. civ. ex.) ; ensuite les immeubles (livre III : art. 311-1 et suiv. c. proc. civ. ex.). Des considérations pratiques expliquent la solution : la vente forcée de l'immeuble prend du temps (publication de l'adjudication), alors que la vente des meubles est plus rapide.

– En droit des sûretés réelles, les opérations de liquidation (portant sur l'ensemble du patrimoine du débiteur insolvable) débuteront par les meubles et se termineront par les immeubles. Si un créancier est muni à la fois d'une sûreté réelle mobilière et d'une sûreté réelle immobilière, il sera payé d'abord sur les meubles ; il saisira ensuite (subsidiairement) les immeubles. La solution est ponctuellement imposée (aux créanciers munis d'un privilège) : mais son domaine général d'application ne résulte pas d'une disposition légale.

– Il est donc possible qu'une saisie immobilière ait lieu, sans pour autant entraîner une liquidation préalable des meubles du débiteur défaillant. Un créancier hypothécaire exercera sa prérogative sur l'immeuble seul, quand le montant du passif est de nature à absorber une fraction suffisante de la valeur de l'immeuble. Un créancier saisissant n'est pas tenu d'exercer une voie individuelle d'exécution prioritairement sur les meubles.

En droit français, les conflits de sûretés réelles donnent lieu, dans l'ensemble, à un classement hiérarchique : en droit civil, le législateur distingue entre les assiettes mobilières (I) et immobilières (II), mais, curieusement, il ne leur applique pas la même logique.

[1] Art. 2376 al. 6 c. civ. : « Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

550-1. Un autre choix politique conduira à faire du classement du droit de préférence la **question centrale ou secondaire du droit des sûretés réelles**, selon que l'insolvabilité du débiteur est substantielle ou formelle.

L'*insolvabilité substantielle* du débiteur conduit à geler (et à rendre inopposables) toutes les prérogatives individuelles dont disposent les créanciers munis de sûretés réelles. Le créancier ne peut alors plus invoquer son droit à l'attribution judiciaire (infra), ni peut plus être payé par les sous-débiteurs (cédés) en présence d'une cession fiduciaire de créances futures. Tous les créanciers impayés sont alors soumis à la logique collective, faisant alors du classement du droit de préférence la question centrale du droit des sûretés réelles. Ce moment du paiement (collectif) est effectué en phase finale, celle de la répartition.

Selon la vision formelle de l'insolvabilité du débiteur, la procédure de l'exécution forcée fixe le cadre des prérogatives individuelles exercées par les créanciers détenteurs de sûreté réelle. Lors des différentes phases de l'exécution forcée, les créanciers prélèveront leur dû : certains lors de la saisie, d'autres lors de la vente (attribution judiciaire) ou du paiement du prix (cession fiduciaire de créance), et enfin d'autres encore prélèveront prioritairement en phase finale (de répartition). Le classement du droit de préférence apparaît alors comme un moment mineur en droit des sûretés réelles : tout au long de la procédure d'exécution forcée, des prélèvements prioritaires seront déclenchés, et l'actif du débiteur se volatilisera.

En droit positif, une vision de l'insolvabilité formelle s'est imposée dans l'ensemble (sous réserve d'exceptions issues du droit de la faillite). Le classement est devenu une question plutôt modeste, mais complexe, puisque, pour se limiter au droit civil, deux strates de législation cohabitent : la logique de 1804 (qui apparaît avec le classement sur les immeubles) ne cadre pas avec celle de 2006 (qui apparaît avec le classement sur les meubles).

I/ Le classement du droit de préférence sur les meubles : *les sûretés spéciales l'emportent sur les générales*

551. Le **classement du droit de préférence sur les meubles**[1] (art. 2332-1 à -4 c. civ.) effectué par le législateur donne lieu à une hiérarchie qui utilise le critère de l'assiette de la sûreté, et plus précisément celui de son caractère spécial ou général. L'article 2332-1 commence par affirmer un principe : « Sauf dispositions contraires, les privilèges [mobiliers] spéciaux priment les privilèges [mobiliers] généraux. » Le critère de l'assiette, spéciale ou générale, de la sûreté réelle mobilière est donc utilisé pour hiérarchiser les droits de préférence : c'est le produit d'un choix politique (effectué de

[1] Section 3 « Du classement des privilèges », inclus dans le sous-titre II « Des sûretés sur les meubles », ne traite que des conflits entre sûretés réelles mobilières. Le terme « privilège » n'est pas heureux car les créanciers munis d'un privilège spécial ne sont pas seuls concernés. Le gage (auquel fait référence l'art. 2332-4 c. civ.) est une sûreté contractuelle, mais pas un privilège. Il aurait été préférable de classer les droits de préférence des sûretés réelles mobilières à assiette spéciale.

longue date, dès le XIX[e] siècle[1], par la jurisprudence[2] et la doctrine, et avalisé en 2006 par le législateur).

La *justification* invoquée à la priorité de paiement octroyée aux créanciers munis d'une sûreté à assiette spéciale (sans distinguer selon le caractère mobilier ou immobilier de la sûreté) est tautologique :

- un créancier dont l'*assiette est spéciale n'a qu'une seule chance d'être payé* (sur un meuble particulier)[3] ; s'il était primé par (ou en concours avec) les créanciers munis d'une assiette générale, le créancier muni d'une sûreté réelle à assiette spéciale serait très souvent exposé à un paiement partiel (en cas de concours) ou subsidiaire (s'il était primé). À raison du montant restant impayé de sa créance, il serait chirographaire.
- Ce raisonnement est tautologique : par définition, la sûreté à assiette spéciale porte sur un seul bien. En soi, ce critère ne prouve pas que les créanciers munis d'une assiette spéciale (à savoir, certains créanciers contractuels économiquement utiles ou prévoyants) devraient obtenir une priorité sur ceux munis d'une assiette générale (approximativement, les créanciers sociaux qui rendent service à une collectivité).

En vérité, le choix de faire primer les sûretés réelles mobilières spéciales sur celles générales est purement politique (ce que montrera le classement, inverse, sur les immeubles). Or, sur cette question pourtant cruciale, le législateur ne va pas au bout de sa logique : après avoir affirmé le principe applicable (les sûretés mobilières spéciales l'emportent sur les générales : art. 2332-1 c. civ.[4]), il effectue un premier classement portant sur les sûretés mobilières spéciales en conflit (art. 2332-3 c. civ.[5]) (1), puis un second classement portant sur les sûretés mobilières générales en conflit (art. 2332-2 c.

[1] Req., 20 mars 1849 ; D.P . 1849.1.250 ; S. 1850.1.106 : « Il est de principe que les privilèges spéciaux l'emportent sur les privilèges généraux, par suite de la règle generi per speciem derogatur » (le bailleur, pour le paiement des loyers – anc. art. 2102 c. civ. – , prime donc le fournisseur d'aliments, – anc. art. 2101 c. civ., qui bénéficiait d'un privilège mobilier général –).

[2] Com., 25 octobre 1976, n° 75-10.654 ; Bull. n°267 ; D. 1977 p. 380 à 384, note J.J. Taisne : « sauf dérogation prévue par la loi, les privilèges spéciaux l'emportent sur les privilèges généraux sur les meubles »

[3] P. Malaurie et L. Aynes, *Les sûretés*, par Laurent Aynès et Pierre Crocq, Defrénois, 2004, n°609, p238 ; 2006, n°609, p.257; Philippe Simler, Phiplippe Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncièr*e, Précis Dalloz, 4[e] éd., 2004, n°792, p.662 : invoquant la tradition historique, « l'équité commande que les privilèges spéciaux passent avant les privilèges généraux sous peine de créer une sorte d'enrichissement injuste » ; Jean-Denis Pellier, « Privilèges généraux », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2020, n°77 : « le titulaire d'un privilège mobilier général peut exercer ses droits de manière préférentielle sur l'ensemble de la fortune mobilière de son débiteur, tandis que le créancier bénéficiant d'un privilège spécial ne peut exercer sa préférence que sur le bien sur lequel porte sa sûreté. À l'égard du reste des biens, il n'est qu'un créancier chirographaire. Il est donc préférable de le favoriser ».

[4] Art. 2332-1 c. civ. : « Sauf dispositions contraires, les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux. »

[5] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit : (...) »

civ.[1]) (2), mais sans effectuer le classement général des droits de préférence des sûretés mobilières (3).

551-1. Le **choix de distinguer entre les sûretés mobilières à assiette spéciale ou générale** et d'utiliser cette distinction pour effectuer un classement hiérarchique est le produit d'une décision politique : il s'agit d'identifier la catégorie de créanciers qui aura un accès prioritaire à une ressource, et donc les catégories de créanciers qui devront se contenter des restes, s'ils existent.
Si un meuble (valant 50€) est gagé et un autre bien (valant 50€) est libre de sûreté réelle, et si trois créanciers sont en conflit (le gagiste, le salarié et la sécurité sociale pour 50 chacun),

– soit le créancier gagiste est prioritaire sur son assiette. Il sera intégralement payé ; les deux autres devront se contenter des restes (sur les biens libres du débiteur). Cette solution signifie que les créanciers sociaux subiront éventuellement la charge de la pénurie (parce que leur paiement n'est pas jugé prioritaire) : ils ne bornent à surclasser les créanciers chirographaires ;

– si, à l'inverse, le paiement des créanciers sociaux (ou l'un deux) est jugé prioritaire, le créancier économiquement utile ou prévoyant pourra être primé sur son assiette (spéciale) et, en tant que chirographaire, il le sera également sur les biens libres du débiteur. Ce résultat exprime la volonté de payer prioritairement les créanciers sociaux.

1/ Le classement des sûretés mobilières spéciales : *le choix entre la prévoyance et l'utilité*

552. Le **classement entre créanciers munis d'une sûreté réelle mobilière à assiette spéciale** est effectué par l'article 2332-3 c. civ.[2] : parmi les créanciers munis d'une sûreté mobilière spéciale, faut-il donner la priorité aux créanciers économiquement prévoyants ou utiles, lorsqu'un même meuble (un ordinateur) a été vendu, conservé et gagé ou entreposé dans le local loué ?
Le conflit entre les droits de préférence opposant les créanciers économiquement utiles (conservateur et vendeur de meubles) aux créanciers économiquement prévoyants,

[1] Art. 2332-2 c. civ. : « Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre (...) »
[2] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit :
1° Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont postérieurs à la naissance des autres privilèges ;
2° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ;
3° Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont antérieurs à la naissance des autres privilèges ;
4° Le privilège du vendeur de meuble ;
5° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui connaissait l'existence des autres privilèges.
« Entre les conservateurs du même meuble, la préférence est donnée au plus récent.
« Pour l'application des règles ci-dessus, le privilège de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile est assimilé au privilège du vendeur de meuble. »

dotés d'un privilège (le bailleur) ou d'une sûreté réelle contractuelle (le créancier gagiste, sur les meubles corporels ; le créancier nanti, sur les meubles incorporels) porte spécifiquement sur la *répartition du produit de la vente forcée d'un meuble*. Par exemple, le meuble (ordinateur, d'une valeur de 60€) vendu (créance impayée de 50€) a été placé dans un local loué (loyer impayé de 40€) ; ce meuble a fait l'objet d'une réparation destinée à le conserver (15€). La question consiste à savoir s'il faut préférer les créanciers économiquement utiles ou les créanciers économiquement prévoyants ou les payer de manière égalitaire, en leur appliquant la règle du concours.
Le classement effectué en droit français est (trop) complexe : la hiérarchisation combine utilité économique (la dernière en date étant préférée à la première en date) et la prévoyance (sans préciser si la dernière en date est préférée à la première en date). La *date de la créance* joue un rôle majeur (combiné parfois avec la connaissance ou l'ignorance qu'un créancier peut avoir de l'existence d'une autre sûreté).

553. En droit positif, le **classement** effectué à l'article 2332-3 c. civ.[1] conduit à répartir le produit de la vente d'un meuble en utilisant différents critères entremêlés. Sans entrer dans trop de détails, le rang des sûretés mobilières spéciales est le suivant :

– Le 1er rang est occupé par le *conservateur* (postérieur c-à-d. qui a effectué une réparation nécessaire ou obligatoire avant la constitution du gage)[2]. Le créancier économiquement utile, dernier en date[3], l'emporte sur les créanciers économiquement prévoyants.

– Le 2ème rang est occupé par le *créancier économiquement prévoyant*, à savoir le bailleur d'immeuble[4] (si le meuble est placé dans un local loué) ou le

[1] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit :
1° Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont postérieurs à la naissance des autres privilèges ;
2° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ;
3° Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont antérieurs à la naissance des autres privilèges ;
4° Le privilège du vendeur de meuble ;
5° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui connaissait l'existence des autres privilèges.
« Entre les conservateurs du même meuble, la préférence est donnée au plus récent.
« Pour l'application des règles ci-dessus, le privilège de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile est assimilé au privilège du vendeur de meuble. »

[2] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux (...) s'exercent dans l'ordre qui suit :
1° Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont postérieurs à la naissance des autres privilèges ; ».

[3] Art. 2332-3 al. 2 c. civ. : « Entre les conservateurs du même meuble, la préférence est donnée au plus récent. »

[4] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit :
2° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ; (...) »

créancier gagiste[1] (si le meuble est confié à un prêteur sur gage). Les créanciers économiquement prévoyants ont bénéficié de l'intervention du conservateur (postérieur) et profitent du meuble (même impayé). On suppose que le bailleur et le créancier gagiste (ou nanti), en conflit sur le même meuble, sont en concours. Mais, entre gagistes, le plus ancien l'emporte sur le plus récent (art. 2340 al. 1er c. civ.[2]), que le gage soit effectué avec ou sans dépossession (art. 2340 al. 2 c. civ.). Il existe donc un véritable doute sur le classement de ces deux créanciers.

– Le 3ème rang est occupé par le *vendeur de meuble*, créancier économiquement utile (premier en date, mais dernier en rang) (art. 2332-3 4° c. civ.[3]).

Tableau 5.1	**Classement des sûretés mobilières spéciales**				
Rang	**Type de sûreté réelle**	**Valeur du meuble**	**Montant de la créance**	**Montant du prélèvement**	**Valeur résiduelle nette**
1er	Privilège du conservateur	60€	15€	15€	45€
2ème	Privilège du bailleur, gagiste (ou nanti)	45€	40€	40€	5€
3ème	Privilège du vendeur de meubles	5€	50€	5€ impayé : 45€	0

Si l'ordinateur a été vendu aux enchères publiques pour 60€, les fonds récoltés sont affectés prioritairement :

– au conservateur qui occupe le premier rang : il prélève 15€ : il en reste 45€ ;

– au bailleur impayé[4] (40€) qui laisse une valeur résiduelle de 5€ ;

[1] Art. 2332-4 c. civ. : « Sauf loi spéciale, le droit de préférence conféré par le gage s'exerce au rang du privilège du bailleur d'immeuble ».

[2] Art. 2340 c. civ. : « Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription.

« Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier. »

[3] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit :

4° Le privilège du vendeur de meuble ;

[4] On remarquera incidemment que le bailleur prélève prioritairement sur tous les meubles placés dans le local, aussi bien les meubles impayés (sur lesquels le vendeur dispose d'une seule et unique chance de paiement) que ceux payés (sur lesquels le bailleur n'est plus en conflit avec le vendeur). La justification utilisée pour déclasser les créanciers sociaux n'est pas reprise au détriment du bailleur.

– le vendeur impayé (50€) obtiendra le solde (5€) et sera chirographaire sur les autres biens libres du débiteur à hauteur de 45€. Le montant des loyers impayés, souvent bien supérieur à la valeur des meubles entreposés dans le local, est fréquemment de nature à ruiner les chances de paiement du vendeur de meuble.

Le classement des droits de préférence entre créanciers munis d'une sûreté mobilière à assiette spéciale conduit, dans l'ensemble, à favoriser les créanciers économiquement prévoyants (bailleur et gagiste). On sait que les frais de conservation sont définis de manière restreinte (un réparateur simple n'étant pas protégé). Dans l'ensemble, les conflits opposent le bailleur (ou le gagiste) au vendeur de meubles : les fournisseurs sont donc exposés à un risque.

553-1. L'extrême raffinement du classement exposé à l'article 2332-3 c. civ., distinguant selon l'ignorance ou la connaissance du bailleur et selon la date à laquelle la conservation a eu lieu, est le produit de l'histoire.

Le *classement entre conservateurs* d'un même meuble donne la priorité au plus récent, en réalité afin d'inciter le dernier conservateur en date à réaliser sa prestation. Le conservateur plus récent conserve un bien qui aurait été perdu pour tout le monde : si la dépense nécessaire n'avait pas été effectuée, le meuble devenu sans valeur ne paiera personne. Le conservateur le plus récent ne craindra donc pas la concurrence des autres conservateurs plus anciens.

Le *conflit entre un vendeur et un créancier gagiste* (sans dépossession), lequel peut désormais englober dans son assiette des biens futurs, génère un risque singulier pour le vendeur : ce dernier finance l'acquisition de biens qui ont vocation à profiter au banquier (qui n'est pour rien dans l'augmentation de crédit du débiteur). La solution est devenue erronée avec l'extension donnée au gage et au nantissement (infra).

Une *erreur* subsiste après la réforme de 2021 : l'action directe-sûreté prévue au profit du salarié du travailleur à domicile envers le client (donneur d'ordre) est classée au même rang que le vendeur de meubles[1]. Or, cette action directe-sûreté ne donne pas lieu à droit de préférence ; en outre, il n'y a pas de conflits de sûretés sur cette créance, puisque l'assiette des autres créanciers privilégiés est différente (meuble conservé, placé dans un local ou vendu).

Des *inconnues* subsistent après 2021 : certes, l'oubli dont faisait l'objet le créancier gagiste est réparé (art. 2332-4 c. civ.), mais la solution aux conflits (fréquents) entre gagistes et le bailleur d'immeuble n'est pas donnée. Si l'ordinateur est placé dans un local loué et qu'il fait l'objet d'un gage sans dépossession, le bailleur et le gagiste sont en conflit : la rédaction de l'article 2332-4 c.

[1] Art. 2332-3 al. 3 c. civ. : « Pour l'application des règles ci-dessus, le privilège de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile est assimilé au privilège du vendeur de meuble. »

civ.[1] suggère que ces deux créanciers seraient « dans le même rang » et donc en concours (art. 2332-2 al.3 c. civ.[2]). Cette solution est incertaine :

– Si la publicité donnée au gage sans dépossession est opposable au bailleur, le gagiste (plus récent) l'emporterait. Si différents gages sans dépossession ont été constitués, le gagiste le plus ancien l'emporte sur le plus récent (art. 2340, supra n°553 ; infra n°668).

– Si le critère de la connaissance ou de l'ignorance du bailleur est utilisé[3], le créancier gagiste qui informe ou non le bailleur seront classés différemment. Le bailleur non informé occuperait le second rang, surclassant donc le gagiste ; si le gagiste informe le bailleur de la constitution du gage, le gagiste occupe le second rang et surclasse le bailleur (en 5ème rang).

2/ Le classement des privilèges mobiliers généraux : *le premier rang du trésor public*

554. Le **classement des privilèges mobiliers généraux** aura lieu lorsque créanciers divers (utiles à la collectivité ; sociaux ; État) sont en conflit sur l'ensemble des meubles du débiteur. L'article 2332-2 c. civ.[4] effectue entre eux un classement qui inclut certains créanciers bénéficiant d'un privilège extérieur au code civil.

Pour rappel, les créanciers munis d'un privilège mobilier général (art. 2331 c. civ.[5]) sont les frais de justice (1°), les frais funéraires (2°) et les six derniers mois de salaires (3°). Mais on sait aussi qu'il existe, en dehors du code civil, des privilèges mobiliers

[1] Art. 2332-4 c. civ. : « Sauf loi spéciale, le droit de préférence conféré par le gage s'exerce au rang du privilège du bailleur d'immeuble. »

[2] Art. 2332-2 c. civ. : « Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre de l'article 2331, à l'exception du privilège du Trésor public, dont le rang est déterminé par les lois qui le concernent, et du privilège des caisses de sécurité sociale, qui vient au même rang que le privilège des salariés.
« Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. »

[3] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit : (...)
2° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ; (...)
5° Le privilège du bailleur d'immeuble, qui connaissait l'existence des autres privilèges.

[4] Art. 2332-2 c. civ. : « Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre de l'article 2331, à l'exception du privilège du Trésor public, dont le rang est déterminé par les lois qui le concernent, et du privilège des caisses de sécurité sociale, qui vient au même rang que le privilège des salariés.
« Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. »

[5] Art. 2331 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont :
1° Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ;
2° Les frais funéraires ;
3° Les rémunérations et indemnités suivantes :
« – les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ; [...]
4° Pendant la dernière année, les produits livrés par un producteur agricole dans le cadre d'un accord interprofessionnel à long terme homologué, ainsi que les sommes dues par tout contractant d'un exploitant agricole en application d'un contrat-type homologué. »

généraux au profit du Trésor public, de la sécurité sociale et des créanciers postérieurs (envers le débiteur professionnel en procédure collective).

Selon le classement exposé à l'article 2332-2 al.1er c. civ., « Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre de l'article 2331, à l'exception du privilège du Trésor public, dont le rang est déterminé par les lois qui le concernent, et du privilège des caisses de sécurité sociale, qui vient au même rang que le privilège des salariés. » Le texte affirme que le Trésor public bénéficie d'une exception (sans préciser son rang), il fixe le rang de la sécurité sociale ; il ne dit rien des créanciers postérieurs. Le classement est donc le suivant :

- l'exception dont bénéficie le Trésor public (art. 1920 cgi[1]) lui octroie le 1er rang. Ce rang traditionnel (occupé dès la création de l'État) exprime un choix de puissance ;
- le 2ème rang est occupé par les frais de justice (art. 2331 1° c. civ.) ;
- le 3ème rang est occupé par les frais funéraires (art. 2331 2° c. civ.) ;
- le 4ème rang est occupé par le privilège des salaires ordinaires (art. 2331 3° c. civ.), le privilège mobilier général de la sécurité sociale (art. 2332-2 al.1er c. civ.[2]), qui sont donc en concours (art. 2332-2 al. 2 c. civ.[3]) ;
- le 5ème rang (non évoqué) est occupé par les créanciers postérieurs (du débiteur professionnel en procédure collective).

Si, par exemple, en présence d'une entreprise faisant l'objet d'une liquidation judiciaire, le produit de la vente de l'ensemble des meubles rapporte 200€ :

- Seront payés prioritairement le Trésor public (60€, pour la tva, par exemple) et les frais de justice (40€, comprenant les frais d'inventaire exposés par le commissaire de justice).
- Les salariés (40€) et la sécurité sociale (Urssaf) (80€) sont en concours, et leur 3ème rang les expose partiellement à l'impayé : dans l'exemple, ils subissent un impayé d'1/3.
- Les créanciers dotés d'un privilège inférieur en rang (créanciers postérieurs : 30€), et, évidemment, les chirographaires, n'obtiendront rien.

[1] Art. 1920 c. g. i. : « 1. Le privilège du Trésor en matière de contributions directes et taxes assimilées s'exerce avant tout autre sur les meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables en quelque lieu qu'ils se trouvent. (...) ».
[2] Art. 2332-2 al. 1er c. civ. : le « privilège des caisses de sécurité sociale (…) vient au même rang que le privilège des salariés. »
[3] Art. 2332-2 al. 2 c. civ. : « Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. »

Tableau 5.2	**Classement des privilèges mobiliers généraux**				
Rang	**Type de sûreté réelle**	**Valeur des meubles**	**Montant de la créance**	**Montant du prélèvement**	**Valeur résiduelle nette**
1er	Trésor public	200 €	60 €	60 €	140 €
2ème	Frais de justice	140 €	40 €	40 €	100 €
3ème	Sécurité sociale et salaires ordinaires en concours	100 €	80€ (Urssaf) 40€ (salaires)	Concours : 80/120 x 100 = 66€ (Urssaf) 40/120 x 100 = 33€ (salariés)	0
4ème	Créanciers postérieurs	0 €	30 €	0	

554-1. La doctrine éprouve des **doutes** sur le classement des créanciers munis d'une sûreté mobilière générale. L'ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des sûreté ne les a pas levés.

Certains auteurs affirment que *certains frais de justice* (à savoir les frais liés à la vente forcée) doivent occuper le premier rang[1]. Il faudrait donc dissocier entre les frais de justice soumis au principe (frais d'inventaire, de scellés) et les frais bénéficiant d'une exception (en présence d'un texte : vente forcée des meubles meublants en cas d'expulsion du locataire[2]). D'autres frais de justice (nés après l'ouverture de la procédure collective dont le débiteur professionnel fait l'objet) sont soumis par la jurisprudence au statut des créances postérieures[3].

D'autres auteurs affirment que le *superprivilège des salariés* est autonome par rapport aux créanciers postérieurs[4] (malgré la jurisprudence : Com., 21 septembre 2010[5]) et l'emporte même sur les frais de justice. Il semble que le législateur le pense parfois aussi : selon l'ancien article

[1] M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10e éd., 2015, LexisNexis, n°1047 : « en pratique, les frais de réalisation (frais de justice afférents à tel ou tel bien réalisé) ainsi que les frais de conservation sont prélevés sur le produit de la vente de chaque actif avant toute distribution, ce qui leur confère une priorité absolue, y compris à l'égard du superprivilège ». Le prélèvement « avant toute distribution » est-il encore un droit de préférence (sûreté de 4ème phase) ou un droit au versement du prix (sûreté de 3ème phase) ? Supra n°515.

[2] Art. L 433-2 c. proc. civ. ex. : « A l'expiration du délai imparti, il est procédé à la mise en vente aux enchères publiques des biens susceptibles d'être vendus. Les biens qui ne sont pas susceptibles d'être vendus sont réputés abandonnés.

« Le produit de la vente est remis à la personne expulsée après déduction des frais et de la créance du bailleur. »

[3] Com., 21 septembre 2010, n°09-68.604, Bull. ; D. 2010, p. 2223, note Alain Lienhard ; JCP E 2010, Panorama, n°1913, p. 34 : (abstrat) « Les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture, notamment la rémunération des mandataires de justice, sont réglés dans l'ordre prévu pour les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture. »

[4] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 7e éd., 2016, Dalloz, n°793, parlant de « priorité absolue du superprivilège des salaires ».

[5] Le superprivilège n'est qu'une créance postérieure : Com., 21 septembre 2010, n°09-68.604, Bull. ; D. 2010, p. 2223, note Alain Lienhard ; JCP E 2010, Panorama, n°1913, p. 34 : (abstrat) « en cas de liquidation judiciaire, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées par priorité à toutes les autres créances, à l'exception de celles qui sont garanties par le super-privilège des salaires, des frais de justice antérieurs au jugement d'ouverture et de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales, et que les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture, notamment la rémunération des mandataires de justice, sont réglés dans l'ordre prévu pour les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture. »

2332-4 c. civ.[1], issu de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, le superprivilège occupait le premier rang, suivi de celui octroyé aux agriculteurs à raison des fournitures apportées à leur coopérative avant sa faillite.

Il s'ensuit que le classement proposé, quand il est effectué, montre des divergences importantes selon les auteurs[2]. Pour tout dire, la confusion règne en la matière, ce qui augure mal du classement général à effectuer.

3/ Le classement général sur les meubles : *les premiers rangs des créanciers "économiques"*

555. Le **classement général sur les meubles** consiste à fixer le montant que chaque créancier obtiendra lors des opérations de liquidation portant sur l'ensemble des meubles du débiteur défaillant ; les sommes récoltées seront attribuées à l'ensemble des créanciers en fonction du rang de chaque droit de préférence, ce qui conduira à établir un projet de répartition.

La première étape consiste à identifier le *rang de chaque droit de préférence*. Un tableau général permettra d'établir le rang de chacun : il faudra savoir si le commissaire de justice, avec son privilège des frais de justice, prélèvera avant ou après le bailleur, muni de son privilège mobilier spécial. L'assiette, spéciale ou générale, de chaque sûreté réelle exerce une influence sur le rang de son droit de préférence.

La seconde étape des opérations de liquidation conduira à établir un *projet de répartition* pour fixer la somme exacte à laquelle a droit chaque créancier, en conflit avec les autres. La part attribuée à chacun sera alors fixée : sur telle masse de meubles liquidée, on pourra chiffrer exactement ce que chacun obtiendra. Les sommes récoltées seront alors attribuées à chacun.

Le classement général sur la masse des meubles sera donc établi en deux étapes : la première fixera le rang de chaque droit de préférence de chaque sûreté mobilière (a) ; la seconde étape fixera le montant attribué à chacun, lors du projet de répartition (b).

[1] Anc. art. 2332-4 c. civ. (loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016) : « Les sommes dues aux producteurs agricoles par leurs acheteurs sont payées, lorsque ces derniers font l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée à l'exception de celles garanties par les articles L. 3253-2 et L. 3253-5 du code du travail, à due concurrence du montant total des produits livrés par le producteur agricole au cours des quatre-vingt-dix jours précédant l'ouverture de la procédure. »

[2] Jean-Denis Pellier, « Privilèges généraux », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2020, n°89 : « Si l'on fait la synthèse, il en résulte le classement suivant : 1) le privilège des frais de justice ; 2) les privilèges du Trésor de premier rang ; 3) les privilèges de l'article 2331 du code civil dans l'ordre indiqué par ce texte, étant précisé que le privilège de la sécurité sociale vient au quatrième rang, concurremment avec celui des salaires (...) ».

a/ Le rang de chaque sûreté réelle mobilière : *la hiérarchie générale des droits de préférence*

556. Le **rang de chaque sûreté réelle mobilière** sera fixé dans un tableau général qui conduira à fixer le rang hiérarchique de chaque sûreté mobilière, à assiette spéciale ou à assiette générale. L'article 2332-1 c. civ. établit un principe, selon lequel les sûretés mobilières spéciales l'emportent sur celles générales, mais il vaut « sauf dispositions contraires ».

Si l'on pose qu'une exception au principe doit résulter d'un texte précis (même obscur), l'application du principe fixé l'article 2332-1 c. civ., en tenant compte des exceptions établies ailleurs, permet donc de fixer le rang de chaque sûreté dans le tableau général suivant :

Tableau 5.3	**Classement général sur les meubles**			
Rang	**Créancier muni d'une sûreté réelle mobilière**	**Assiette de la sûreté**	**Texte fixant le rang**	**Catégorie ou intérêt protégé**
1er	Trésor public	générale	Art. 1920 cgi[1] (exception)	Intérêt public
2ème	Conservateur (postérieur)	spéciale	Art. 2332-1 c. civ.[2] et 2332-3 1° c. civ.[3]	Économiquement utile
3ème	Bailleur, gagiste, nanti	spéciale	Art. 2332-3 2° c. civ.	Économiquement prévoyant
4ème	Vendeur de meubles	spéciale	Art. 2332-3 4°	Économiquement utile
5ème	Frais de justice	générale	Art. 2331-1 et 2331 1° c. civ.[4]	Profit collectif
6ème	Frais funéraires	générale	Art. 2331 2° et 2332-2 c. civ.[5]	Profit collectif
7ème	Salaires ordinaires et sécurité sociale, en concours	générale	Art. 2331 3° et 2332-2 c. civ.	Créanciers sociaux
8ème	Créanciers postérieurs (à la faillite)	générale	Pas de texte	Profit individuel (au débiteur en faillite)
Dernier	chirographaires	subsidiaire	Art. 2285 c. civ.	Quelconques

[1] Art. 1920 c. g. i. : « 1. Le privilège du Trésor en matière de contributions directes et taxes assimilées s'exerce avant tout autre sur les meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables en quelque lieu qu'ils se trouvent. (...) ».

[2] Art. 2331-1 c. civ. : « Sauf dispositions contraires, les privilèges [mobiliers] spéciaux priment les privilèges [mobiliers] généraux. »

[3] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit :

1° Le privilège du conservateur (...) ;

2° Le privilège du bailleur d'immeuble, (...) ;

4° Le privilège du vendeur de meuble ; (...) »

[4] Art. 2331 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont :

Ce classement général sur les meubles du débiteur octroie, dans l'ensemble,

– les premières places aux créanciers économiquement utiles ou prévoyants. Ils sont néanmoins surclassés par le Trésor public.

– les dernières places aux créanciers utiles à une collectivité (frais de justice, frais funéraires, sécurité sociale) ou au débiteur (salariés, créanciers postérieurs). Leurs chances de paiement sont réduites, si du moins le débiteur ne possède pas suffisamment de biens libres (non affectés à une sûreté réelle spéciale). L'extension que pourra prendre l'assiette des créanciers gagistes et nantis (créanciers économiquement prévoyants) devra donc être précisée (infra) pour fixer plus précisément les espérances de paiement de ces créanciers.

555-1. La doctrine **hésite** sur le classement général des sûretés mobilières. La matière est tellement complexe que ceux qui osent s'exprimer sur la question restent minoritaires.

Selon certains[1], les exceptions au principe (selon lequel les sûretés spéciales l'emporte sur les générales) sont restreintes au cas du Trésor public. Selon d'autres[2], les exceptions au principe sont nombreuses de sorte que les premiers rangs seraient occupés par le superprivilège des salariés (1er rang), les frais de justice (2ème rang), les créanciers postérieurs (3ème rang), puis les créanciers économiques. Ce classement général diverge notablement de celui présenté ci-dessus.

Pour raffiner encore la question, on pourra noter que certains privilèges spécifiques remettent en cause le classement général proposé. Ainsi, le privilège de l'article L 3253-22 du code du travail[3], dit privilège de pluviôse, garantit le paiement des salariés (d'abord) et des fournisseurs (ensuite) dans un marché de travaux publics (al. 2) : le nantissement de créance effectué par

1° Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ;
2° Les frais funéraires ;
3° Les rémunérations et indemnités suivantes : les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ; […] ».

[5] Art. 2332-2 c. civ. : « Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre de l'article 2331, à l'exception du privilège du Trésor public, dont le rang est déterminé par les lois qui le concernent, et du privilège des caisses de sécurité sociale, qui vient au même rang que le privilège des salariés.
« Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. »

[1] Jean-Denis Pellier, « Privilèges généraux », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2020, n°80 : « Il est traditionnellement enseigné que les privilèges du Trésor dits de « premier rang » priment non seulement les privilèges généraux de l'article 2331 du code civil (...), mais également les privilèges spéciaux. »

[2] Maxime Julienne, « Privilèges mobiliers spéciaux », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, n°169 : « La supériorité des privilèges spéciaux sur les privilèges généraux n'est qu'une règle de principe, parfois renversée par des dispositions contraires (...). Ainsi, de nombreux privilèges généraux priment les privilèges spéciaux. C'est le cas du super-privilège des salaires (C. trav., art. L. 3253-2 , mais non du privilège ordinaire V. C. trav., art. L. 3253-1), du privilège des frais de justice s'ils ont profité à tous les créanciers, ainsi que du privilège des créanciers de l'article L. 622-17, alinéa 2, en cas de procédure collective. En outre, certains privilèges fiscaux [de premier rang] priment les privilèges mobiliers spéciaux (...) (ex. Civ. 27 juill. 1925, DP 1927. 1. 110, à propos du privilège du bailleur d'immeuble). »

[3] Art. L 3253-22 c. trav. : « Les sommes dues aux entrepreneurs de travaux publics ne peuvent être frappées de saisie ni d'opposition au préjudice soit des salariés, soit des fournisseurs créanciers à raison de fournitures de matériaux de toute nature servant à la construction des ouvrages.
« Les sommes dues aux salariés à titre de salaire sont payées de préférence à celles dues aux fournisseurs. »

l'entrepreneur au profit d'un créancier économiquement prévoyant est inopposable aux salariés et fournisseurs, créanciers économiquement utiles.

b/ Le projet de répartition : *le montant alloué à chaque créancier*

557. Le **projet de répartition** consiste à attribuer à chaque créancier le montant auquel il a droit. Il est élaboré (art. L 221-6 c. proc. civ. d'ex.[1]), afin de répartir les fonds consignés (art. R 251-2 c. proc. civ. d'ex.[2]). La mise en œuvre du droit de préférence est donc une opération qui relève du droit des procédures civiles d'exécution, mais également du droit des sûretés puisque toute erreur sur la répartition impose au créancier injustement enrichi de restituer au créancier injustement écarté[3].

Le droit applicable au projet de répartition donne lieu à une difficulté de calcul, qui n'est traitée ni en droit des sûretés, ni en droit des procédures civiles d'exécution : une sûreté à assiette générale est-elle payée sur tous les meubles du débiteur (règle proportionnelle) ou donne-t-elle lieu à prélèvement lors de chaque vente d'un meuble (prix de la course) ? Autrement dit, le Trésor public peut-il saisir intégralement son dû lors de la première vente d'un meuble (peu importe lequel) ou doit-il attendre la fin des opérations de saisie portant sur l'ensemble des meubles pour prélever prioritairement en appliquant une fraction à chaque bien sur lequel il est payé ?

Aucune règle de droit ne prévoit la réponse à cette question, alors pourtant qu'elle est de nature à modifier fortement le résultat final. Les deux options doivent être envisagées, peut-être en fonction du contexte :

- en cas de faillite (liquidation judiciaire d'une entreprise ; surendettement d'un particulier), la liquidation du patrimoine mobilier du débiteur devrait s'effectuer dans un contexte collectif, de sorte que la règle proportionnelle pourrait s'appliquer ;
- en présence d'une saisie individuelle, pratiquée avant l'ouverture d'une faillite, la vente forcée d'un ou plusieurs meubles conduirait à effectuer les répartitions au fur et à mesure des paiements.

[1] Art. L 221-6 c. proc. civ. d'ex. : « En cas de concours entre les créanciers, l'agent chargé de la vente propose une répartition amiable entre eux. A défaut d'accord, il consigne les fonds auprès de la Caisse des dépôts et consignations et saisit le juge de l'exécution à l'effet de procéder à la répartition du prix. »

[2] Le titre V « de la distribution des deniers », art. R 251-2 al. 1er c. proc. civ. d'ex. : « Dans le cas où plusieurs créanciers se sont manifestés dans les délais impartis, l'agent chargé de la vente élabore un projet de répartition du prix entre les créanciers. »

[3] En droit des procédures collectives, art. L 643-7-1 c. com. : « Le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées. »

558. La **règle proportionnelle** permet de ne pas faire peser sur un seul créancier (muni d'une assiette spéciale) la charge d'un privilège général qui le surclasse (ou celle d'un privilège assis sur plusieurs meubles). Lorsque plusieurs meubles entrent dans l'assiette d'une même sûreté, la valeur de chaque meuble sera divisée par la valeur nette de tous les meubles sur lesquels un même créancier peut être effectivement payé (déduction faite des prélèvements déjà effectués) : cette fraction sera appliquée à la valeur de chaque meuble servant d'assiette à la sûreté. L'équation est la suivante :

Schéma 5.3

Calcul du montant d'une créance selon la règle proportionnelle

$$\frac{\text{A}}{\text{A+B+C}} \times \text{Montant de la créance} = \text{montant prélevé sur le meuble A}$$

A : valeur nette d'un meuble (déduction faite des prélèvements effectués par d'autres)

A+B+C : somme de la valeur nette de tous les meubles entrant dans l'assiette d'un créancier

La fraction (A/A+B+C) appliquée au montant de la créance détermine le montant prélevé sur le meuble A

L'opération est ensuite répétée sur le meuble B, avec la fraction (B/A+B+C) appliquée au montant de la créance.

L'opération est encore répétée sur le meuble C, avec la fraction (C/A+B+C) appliquée au montant de la créance.

La somme de ces montants correspond au montant de la créance

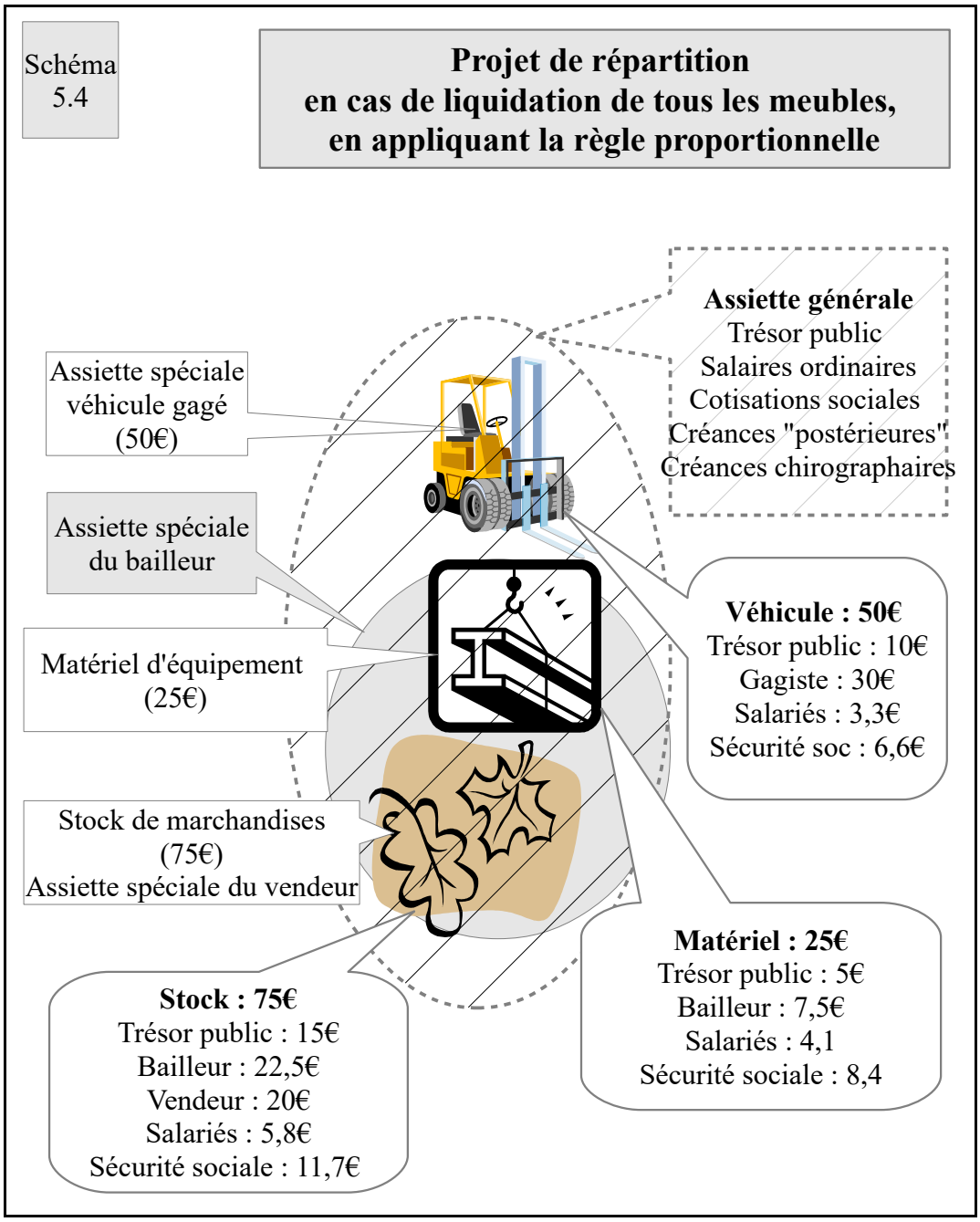
Par exemple, lors de la la liquidation d'une masse de meubles comprenant :

Tableau 5.4	**Exemple n°1 : état de l'actif et du passif**
Actif mobilier	**Passif**
un véhicule (50€) ; un matériel d'équipement (25€) un stock de marchandises (75€)	- Créance fiscale du Trésor public (tva) (30€), assiette générale - Créance de loyer (30€) ayant pour assiette deux meubles (le matériel et le stock) ; - Solde d'un prêt (30€) gagé sur le véhicule ; - Créance de marchandises impayées portant sur le stock (20€), assiette spéciale ; - Créance de salaires ordinaires (20€), en concours avec une créance de cotisation sociale (40€), assiettes générales ; - Créance "postérieure" (20€), assiette générale ; - Créance chirographaire envers un client quelconque (10€), assiette générale
Total : 150€	Total : 200€

Le calcul du montant attribué à chaque créancier en appliquant la règle proportionnelle conduit à attribuer à chaque créancier les sommes suivantes :

Tableau 5.5		**Exemple n°1 : calcul selon la règle proportionnelle**		
Rang du droit de pré-férence	**Créancier et montant de la créance**	**Valeur des meubles figurant dans l'assiette**	**Calcul (règle proportionnelle) et montant payé**	**Valeur nette des meubles (déduite des prélèvements effectués)**
1er	Trésor public 30€	Véhicule (V) : 50€ Matériel (M) : 25€ Stock (S) : 75 € Total (V+ M+S) = 150	50 (V) /150 x 30€ = 10 € 25 (M) /150 x 30€ = 5 € 75 (S) /150 x 30€ = 15€ total : 30€	Véhicule : 40€ Matériel : 20€ Stock : 60€
2ème	Bailleur 30€	Matériel : 20€ Stock : 60€	20 (M) / 20+60 x 30€ = 7,5€ 60 (S) / 20+60 x 30€ = 22,5€ total : 30€	Matériel : 12,5€ Stock : 37,5€
	Banque 30€	Véhicule : 40€	30€	Véhicule : 10€
3ème	Vendeur : 20€	Stock : 37,5€	20€	Stock : 17,5€
4ème	Salaires (20€) et sécurité sociale (40€) en concours (1/3 salaires ; 2/3 Urssaf)	V = 10€ M = 12,5€ Stock =17,5€ (total : 40€)	V = 10 (1/3 pour les salariés ; 2/3 pour l'Urssaf) M = 12,5 (même proportion) S = 17,5 (même proportion) Salaire payé : 13,3€ ; impayé : 6,6€ Sécu. payée : 26,6€ ; impayée : 14,3€	Véhicule : 0€ Matériel : 0€ Stock : 0€
5ème	Créance postérieure : 20€		0€	

Le projet de répartition (vision synthétique) donnera donc les résultats suivants :



559. En présence de **répartitions effectuées au fur et à mesure** de la vente forcée de chaque bien, le projet de répartition donnera des résultats différents selon que tel ou tel meuble est vendu en premier.

Si le matériel est vendu en premier (50€), le Trésor public prélèvera intégralement son dû, en premier rang (30€), de sorte que le gagiste (créancier à hauteur de 30€) ne prélèvera que les reliquats (20€/30). Ce résultat profitera mécaniquement aux autres créanciers munis d'une assiette spéciale, à savoir le bailleur et le vendeur : le bailleur vient désormais au premier rang (sur le matériel et le stock) et le vendeur au second rang (sur le stock).

– Si le stock fait l'objet d'une vente forcée (en second) (75€), le bailleur prélève intégralement (30€) ; le vendeur classé désormais en 2ème rang prélève intégralement (20€), et laisse des reliquats (25€) ;

– Si le matériel fait l'objet d'une vente forcée (en second) (25€), le résultat est similaire pour le bailleur et le vendeur : l'un est payé partiellement (25/30€), mais il conserve son premier rang sur le stock (75€, dont 5€ prélevés) ; le vendeur obtient un paiement intégral (20€) et laisse des reliquats (50€).

À l'inverse, si le stock (75€) est vendu en premier, le Trésor public prélève en premier (30€), puis le bailleur (30€), de sorte que le vendeur n'est payé que de 15€ (sur une créance de 20€). Mécaniquement, le gagiste en profite : il sera payé intégralement, puisqu'il est désormais classé en premier sur le véhicule.

Le classement effectué au fur et à mesure des ventes forcées (sur chaque meuble) conduit donc à léser soit le gagiste, soit le vendeur. Cette solution (qui est celle pratiquée sur les immeubles) produit des résultats variables, en fonction de l'aléa de la date exacte à laquelle chaque vente forcée aura lieu.

560. Le **projet de répartition des sommes récoltées après la vente des meubles** n'est pas gouverné par des règles fixées en droit, de sorte que l'on peut hésiter sur le montant exact que chaque créancier obtiendra. Aucune jurisprudence n'existe sur cette question.

(561- à 564. : réservés)

564. En droit civil, le **classement général des droits de préférence sur les meubles** donne lieu à un droit à la fois excessivement complexe (hiérarchisant selon la date de naissance d'un privilège, selon un ordre chronologique ou antéchronologique, éventuellement en fonction de la connaissance par l'un de l'existence des privilèges des autres) et lacunaire (puisque le projet de répartition ne donne lieu à aucune règle juridiquement fixée).

Les principes qui gouvernent la matière mobilière confèrent les premiers rangs à certains créanciers économiquement utiles ou prévoyants et les derniers rangs à certains créanciers socialement utiles. Les uns ont une assiette spéciale ; les autres une assiette générale.

Cette logique de classement repose sur un choix politique, et non pas sur une exigence scientifique : il s'agit d'identifier qui, entre le salarié, le fournisseur, le Trésor public et la banque sera payé prioritairement ; et donc, qui devra se contenter des restes. Sur les

meubles, le Trésor public prélève d'abord ; puis la banque ; puis le fournisseur ; puis le salarié. Sur les immeubles, le choix politique est différent.

II/ Le classement du droit de préférence sur les immeubles *: les privilèges immobiliers généraux surclassent les spéciaux*

565. Le **classement du droit de préférence sur les immeubles** consiste (tout comme le classement sur les meubles) à identifier le rang de chaque droit de préférence octroyé par chaque sûreté immobilière, puis à répartir les sommes récoltées à l'issue de la vente forcée (ou amiable) des immeubles. Sur les meubles et les immeubles, les questions sont les mêmes, mais pas les réponses.

La première question consiste à classer les droits de préférence des sûretés réelles immobilières : selon l'article 2378 c. civ.[1], les privilèges immobiliers généraux priment les spéciaux. C'est donc la solution inverse de celle retenue sur les meubles.

La seconde question conduira à établir le projet de répartition, lors de chaque vente d'immeuble : le montant octroyé à chaque créancier sera alors fixé (après la liquidation du patrimoine mobilier du débiteur).

Le classement du droit de préférence octroyé par chaque sûreté immobilière conduit donc le législateur à fixer le rang de chaque sûreté immobilière (1), ce qui conduira à établir le projet de répartition (2), sur l'immeuble.

1/ Le rang de chaque sûreté immobilière : *la hiérarchie générale sur les immeubles*

566. Le **rang de chaque sûreté immobilière** est fixé selon une méthode similaire à celle appliquée aux meubles. Le législateur affirme le principe du classement général, à l'article 2378 al. 1er c. civ. (les privilèges généraux l'emportent sur les sûretés immobilières spéciales) ; l'alinéa 2 fixe le rang des privilèges généraux ; et celui des sûretés immobilières spéciales l'est à l'article 2418 c. civ. (avec la règle de l'antériorité de l'inscription).

Le *rang des privilèges généraux* est fixé à l'article 2378 al. 2 c. civ. : « Ils [les privilèges généraux] s'exercent dans l'ordre de l'article 2377. » Aucune exception n'est prévue. Selon l'article 2377 c. civ.[2],

[1] Art. 2378 c. civ. : « Les privilèges généraux priment le droit de préférence attaché au gage immobilier et à l'hypothèque.
« Ils s'exercent dans l'ordre de l'article 2377. »

– les frais de justice occupent le 1er rang en cas de vente forcée de l'immeuble (solution confirmée par l'article R 331-2 c. civ. proc. d'ex.[1]) ;

– le privilège des salaires ordinaires occupe le second rang.

On sait que ces deux privilèges ne s'exercent sur les immeubles qu'à titre subsidiaire, à défaut de meubles (art. 2376 al. 6 c. civ.[2]).

Le *rang des sûretés immobilières spéciales* est fixé à 2418 c. civ.[3]. Le rang de chaque droit de préférence est le suivant :

– Le syndicat de copropriété bénéficie d'une exception (art. 2418 al. 2 c. civ.[4]) : les charges communes d'un appartement en copropriété occupent le 3ème rang.

– Les hypothèques générales et spéciales sont classées par leur date d'inscription, la plus ancienne l'emportant sur la plus récente. Selon l'article 2419 c. civ.[5], « L'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires et les créanciers gagistes (...) est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés ». Comme toutes les hypothèques (contractuelles, légales comme celles du Trésor public …) doivent être publiées, la règle de l'antériorité s'applique à tous.

---

[2] Art. 2377 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des immeubles sont :

1° Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ;

2° Les rémunérations et indemnités suivantes :

– les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ; (...) ».

[1] Art. R 331-2 c. proc. civ. ex. : « Les frais de la procédure de distribution, hormis ceux des contestations ou réclamations, sont avancés par la partie sollicitant la distribution et prélevés par priorité à tous autres. »

[2] Art. 2376 c. civ. : « Les privilèges immobiliers sont accordés par la loi.

« Ils sont généraux.

« Ils sont dispensés de la formalité de l'inscription.

« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.

« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers mais ne confèrent pas de droit de suite.

« Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

[3] Art. 2418 c. civ. : « Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi.

« Par exception, l'hypothèque prévue au 3° de l'article 2402 est dispensée d'inscription. Elle prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les années antérieures.

« Lorsque plusieurs inscriptions sont prises le même jour relativement au même immeuble, (...). »

[4] Art. 2418 al. 2 c. civ. « Par exception, l'hypothèque prévue au 3° de l'article 2402 [au profit du syndicat de la copropriété, pour les charges communes] est dispensée d'inscription. Elle prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les années antérieures. (...) »

[5] Art. 2419 c. civ. : « L'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires et les créanciers gagistes, dans la mesure où leur gage porte sur des biens réputés immeubles, est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes. »

Le privilège immobilier général dont bénéficient les créanciers postérieurs n'est pas mentionné dans le code civil. Dès lors que ce privilège ne donne lieu à aucune inscription, il devrait être classé après les sûretés mobilières inscrites.

Le *classement général du droit de préférence* octroyé par chaque sûreté immobilière est donc le suivant :

Tableau 5.6		**Classement du droit de préférence (sûretés immobilières)**	
Rang du droit de préférence	**Assiette**	**Type de sûretés réelles immobilière**	**Catégorie ou intérêt protégé**
1er	générale	Frais de justice	Intérêt collectif
2ème	générale	Salaires ordinaires	Créanciers sociaux
3ème	spéciale	Syndicat de copropriété	Intérêt collectif
4ème selon la date d'inscription	spéciale	Privilège du prêteur ou du vendeur Hypothèque contractuelle, gage immobilier Hypothèque légale du Trésor public Hypothèques légales autres	Économiquement utile Économiquement prévoyant Intérêt public (Trésor public) intérêts divers (créancier faible ...)
5ème	générale	Créanciers postérieurs (art. L 643-8 c. com.)	Intérêt du débiteur

567. Le **classement général des droits de préférence des sûretés réelles immobilières** fixe donc une hiérarchie très différente de celle appliquée sur les meubles. Sur l'immeuble,

- les créanciers utiles à une collectivité (frais de justice : 1er rang ; syndicat de copropriété : 3ème rang) et les créanciers sociaux (salariés : 2ème rang) occupent les premières places ;
- les créanciers économiquement utiles et prévoyants et le Trésor public occupent une position intermédiaire (4ème rang) ;
- les dernières places sont occupées par les créanciers postérieurs (comme sur les meubles).

Au regard de la valeur de l'immeuble, les chances de paiement des créanciers qui figurent parmi les premiers inscrits demeurent normalement correctes : les créances prélevées par les trois premiers rangs sont d'un montant (habituellement) limité.

2/ Le projet de répartition : *l'affectation du prix de l'immeuble*

568. Le **projet de répartition** des fonds récoltés après la vente forcée de l'immeuble donne lieu aux mêmes imprécisions que celui appliqué aux meubles. Si le débiteur possède plusieurs immeubles, les créanciers munis d'un privilège immobilier classé dans les premiers rangs doivent-ils répartir leurs prélèvements sur tous les immeubles (règle proportionnelle) ou peuvent-ils prélever lors de chaque vente (prix de la course) ? On l'ignore. Aucune réponse n'est apportée, directement du moins, ni en droit des sûretés, ni en droit des procédures collectives, ni en droit des procédures civiles d'exécution.

– On notera néanmoins que le créancier hypothécaire bénéficiant d'une hypothèque sur plusieurs immeubles de son débiteur peut en affecter un seul à l'entier paiement de sa créance (art. 2391 c. civ.[1]). Si cette règle est appliquée aux créanciers bénéficiant d'un privilège immobilier général, la règle proportionnelle ne trouve donc pas à s'appliquer. Une répartition des fonds au fur et à mesure de la vente forcée de chaque immeuble sera donc la solution retenue.

– En pratique, les prélèvements effectués ponctuellement, sur chaque immeuble, par les créanciers occupant les premiers rangs portent sur des montants limités. Les prélèvements effectués par les frais de justice (exposés lors de la vente des meubles) et les salaires ordinaires sont exercés à titre subsidiaire (à défaut de meuble) : ils ne doivent normalement pas porter excessivement atteinte aux chances de paiement des créanciers surclassés.

La répartition des fonds effectuée au fur et à mesure de la vente forcée des immeubles appartenant au débiteur conduira donc à établir un ordre de prélèvement. Si l'immeuble fait l'objet d'une vente forcée, avec un passif comme suit :

[1] Art. 2391 c. civ. : « L'hypothèque est indivisible, nonobstant la division de la dette : le codébiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué est, sur cet immeuble, tenu pour le tout ; chacun des créanciers a l'entier immeuble pour sûreté de sa part dans la créance.
« L'hypothèque est encore indivisible, nonobstant la division de l'immeuble ou la pluralité d'immeubles : chaque partie de l'immeuble divisé, chacun des immeubles est affecté à la sûreté de la totalité de la dette. »

Tableau 5.7	**Exemple n°2, état de l'actif et du passif (immeuble)**
Actif immobilier	**Passif**
Immeuble en copropriété (100€)	Salaire ordinaires (10€) Charges de copropriété (20€) Créanciers inscrits, classés selon la date d'inscription la plus ancienne : – Hypothèque légale du prêteur (50€) – Hypothèque légale du Trésor public (20€) Créanciers postérieurs (20€) Créanciers chirographaires (incluant les créanciers impayés sur l'assiette de leur sûreté réelle mobilière) (50€), en concours
Total actif : 100	Total passif : 170

Le projet de répartition affectera les fonds de la manière suivante :

Tableau 5.8		**Exemple n°2 : projet de répartition (immeuble)**			
Rang du droit de préférence	**Valeur nette de l'immeuble**	**Créance garantie**	**Montant de la créance**	**Montant payé**	**Valeur nette de l'immeuble**
1er	100	Salaires ordinaires	10	10	90
2ème	90	Charges de copropriété	20	20	70
3ème	70	Prêteur de deniers	50	50	20
4ème	20	Trésor public	20	20	0
5ème	0	Créanciers postérieurs	20	0	
6ème	0	Chirographaires	50	0	

(569- à 588. : réservés)

589. Sur l'immeuble, entre le salarié, le Trésor public, le banquier et la copropriété, le premier payé est le salarié, puis la copropriété, et enfin le banquier et le trésor public. Le classement est quasiment inverse de celui appliqué aux meubles. En droit civil (comme en droit commercial), le classement du droit de préférence résulte donc bien d'un choix politique.

589-1. Le **droit commercial**, en présence d'une liquidation judiciaire d'un débiteur professionnel adopte un autre classement (art. 643-8 I c. com.[1]). Ce classement porte spécifiquement sur les créances postérieures, nées après l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. En cas de liquidation judiciaire du débiteur professionnel, les créanciers postérieurs seront payés dans l'ordre prévu par le texte, lequel effectue deux réserves : la première sur l'exercice de la rétention et de la revendication ; la seconde sur « les autres droits de préférence ».

[1] Art. L643-8 c. com. : « I.-Sans préjudice du droit de propriété ou de rétention opposable à la procédure collective et des dispositions des articles L. 622-17 et L. 641-13, le montant de l'actif distribuable est réparti dans l'ordre suivant :

1° Les subsides prévus à l'article L. 631-11 restés impayés ;
2° Les créances garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail ;
3° Les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure restés impayés à l'échéance ;
4° Les créances garanties par le privilège prévu par l'article L. 624-21 ;
5° Les créances garanties par le privilège de conciliation établi par l'article L. 611-11 ;
6° Les créances nées régulièrement après le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation mentionnées au quatrième alinéa du I de l'article L. 641-13 restées impayées à l'échéance ainsi que les créances résultant d'un arrêté pris en application du premier alinéa du 1° du II de l'article L. 171-8 du code de l'environnement ;
7° Les créances garanties par des sûretés immobilières classées entre elles dans l'ordre prévu au code civil ;
8° Les créances de salaires restées impayées à l'échéance dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 3253-6, L. 3253-8 à L. 3253-12 du code du travail, dans les conditions prévues à l'article L. 641-13 ;
9° Les créances garanties par le privilège établi au 2° du III de l'article L. 622-17 restées impayées à l'échéance et par le privilège établi à l'article L. 626-10 ;
10° Les créances résultant de l'exécution des contrats mentionnées au 3° du III de l'article L. 622-17 restées impayées à l'échéance ;
11° Les sommes dont le montant a été avancé en application du 5° de l'article L. 3253-8 du code du travail, dans les conditions prévues à l'article L. 641-13 ;
12° Les autres créances non soumises à l'interdiction énoncée au premier alinéa de l'article L. 622-7, restées impayées, selon leur rang ;
13° Les créances garanties par le privilège du Trésor établi à l'article 1920 du code général des impôts, à l'exception des créances de toutes natures en matière de contributions indirectes et de celles mentionnées à l'article 379 du code des douanes ;
14° Les créances garanties par un nantissement, par le privilège du bailleur prévu à l'article 2332 du code civil dans la limite de six mois de loyers et celles garanties par le privilège prévu aux article L. 141-5 et suivants ;
15° Les créances de toutes natures en matière de contributions indirectes et celles mentionnées à l'article 379 du code des douanes ;
16° Les créances chirographaires, en proportion de leur montant.

« Le tout sans préjudice des autres droits de préférence. »

Conclusion de la section 1ère

Le droit de préférence

599. Le **droit de préférence** permet aux créanciers de prélever prioritairement les sommes récoltées à l'issue de la vente forcée des biens, meubles ou immeubles, du débiteur défaillant. Cette prérogative, mise en œuvre lors de la répartition des fonds (4ème phase de l'exécution forcée), est octroyée à certains créanciers ; en présence d'un conflit (portant sur un bien figurant dans plusieurs assiettes), le législateur effectue un classement.

Seuls certains créanciers bénéficient d'un droit de préférence, parce que :

- ils ont réalisé une opération bénéfique au profit une collectivité (frais de justice ; frais funéraires ; syndicat de copropriété) ou de l'intérêt public (Trésor public) ;
- ils sont des créanciers sociaux qui ont besoin d'être payés (salariés) ou de se financer (sécurité sociale) ;
- ils réalisent une prestation dont profite le débiteur (conservateur ; bailleur ; syndicat de copropriété, déjà mentionné pour une autre qualité ; créanciers économiquement utiles ; créanciers postérieurs à la procédure de faillite) ;
- ils ont pris en compte un bien de valeur d'un bien figurant dans le patrimoine de leur débiteur (créanciers économiquement prévoyants : gagiste, nanti, hypothécaire contractuel).

La variété des justifications montre que la décision de sortir du lot commun certains créanciers est politique. Il en va de même pour l'assiette, générale ou spéciale, de la sûreté : on note toutefois que le profit collectif d'une créance conduit souvent à l'octroi d'une assiette générale, alors que l'assiette sera spéciale quand la logique du contrat synallagmatique s'applique. C'est une tendance, mais ce n'est pas un principe : les créanciers postérieurs bénéficient d'une assiette générale, alors qu'ils agissent souvent dans une logique contractuelle.

Le *rang octroyé par le législateur à chaque droit de préférence* résulte également d'une décision politique. Le classement sur les meubles est inverse du classement sur les immeubles. Il s'ensuit qu'il est difficile de répondre simplement à la question de savoir qui du Trésor public, du salarié, du banquier et du fournisseur sera payé en premier (et donc qui sera lésé).

- sur les meubles, le Trésor public est payé le premier et le salarié en dernier ;
- sur les immeubles, c'est l'inverse : le salarié est payé en second ; le Trésor public dans les derniers rangs.

La complexité des règles qui gouverne à la fois l'identification des créances bénéficiant d'un droit de préférence et leur classement semble indiquer que le droit de préférence est une question cruciale : c'est exact, sauf si une prérogative plus efficace (et moins coûteuse) est exercée.

599-1. L'**évolution du droit de préférence** s'inscrit dans le phénomène d'inflation des sûretés réelles : les bénéficiaires se sont multipliés, rendant de plus en plus complexe la question du classement. L'article L 643-8 c. com., applicable en cas de liquidation judiciaire d'une entreprise, peut laisser songeur.

La hiérarchisation des droits de préférence fait apparaître une opposition de classe, si l'on peut dire, entre des créanciers utiles à une collectivité (bénéficiant d'une assiette générale) et les créanciers contractuels (bénéficiant souvent d'une assiette spéciale). C'est la raison pour laquelle le droit français donne lieu à des affirmations dogmatiques : les sûretés spéciales l'emportent sur les générales, ou l'inverse.

Curieusement, le projet de répartition, moment ultime où le classement produit ses effets, donne lieu à un vide juridique qui semble ne gêner personne (puisque la jurisprudence n'a jamais eu à traiter de la question).

section 2ème

L'attribution judiciaire

Résumé

L'**attribution judiciaire** est une prérogative qui permet à certains créanciers de devenir propriétaires d'un bien appartenant à leur débiteur défaillant. Le bien sera vendu non pas aux enchères publiques, mais au créancier (2ème phase de l'exécution forcée) ; sa valeur sera estimée de manière impartiale (par le juge) et le paiement aura lieu par compensation avec le montant de la créance impayée ; le créancier versera le solde aux autres créanciers, pour répartition. Bénéficient de l'attribution judiciaire les créanciers hypothécaires, gagistes et nantis.

L'*hypothèque* consiste à affecter à la garantie d'une obligation un immeuble dont le débiteur conserve la possession.

- Le créancier hypothécaire doit inscrire pour rendre son hypothèque opposable aux tiers. Une clause de rechargement, insérée dans le contrat d'hypothèque, permet au créancier de remplacer l'obligation initialement garantie par une nouvelle.
- Pendant le remboursement de la dette, les effets de l'hypothèque sont conservatoires. Le créancier hypothécaire bénéficie du droit de suite. En cas de défaillance du débiteur, il invoquera soit son droit de préférence (supra), soit l'attribution judiciaire. La solution du conflit portant sur l'attribution judiciaire n'est pas connue.

Le *gage ou le nantissement* consiste à affecter un bien dont le débiteur perd la possession à la garantie d'une obligation.

- La possession (nommée rétention) exercée par le créancier est effective ou fictive. Cette prérogative spécifique interdit aux autres créanciers impayés de pouvoir saisir les biens meubles corporels (gage mobilier), les créances (nanties) et les biens immeubles (gage immobilier) figurant dans l'assiette du créancier. Les revenus du bien possédé par le créancier sont affectés au remboursement de la dette.
- En cas de défaillance du débiteur, le créancier gagiste ou nanti dispose de trois prérogatives : le droit de préférence, une action directe-sûreté (report du droit de rétention : infra) en cas de procédure collective, et l'attribution judiciaire, prérogative la plus efficace mais dont le régime reste partiellement obscur. Un rétenteur peut-il bloquer la demande d'attribution judiciaire ? La solution du conflit entre créanciers demandant chacun à devenir propriétaire n'est pas non plus connue.

L'attribution judiciaire bénéficie donc, pour l'essentiel, à des créanciers contractuellement prévoyants. Cette prérogative permet de surclasser les créanciers ne bénéficiant que d'un droit de préférence.

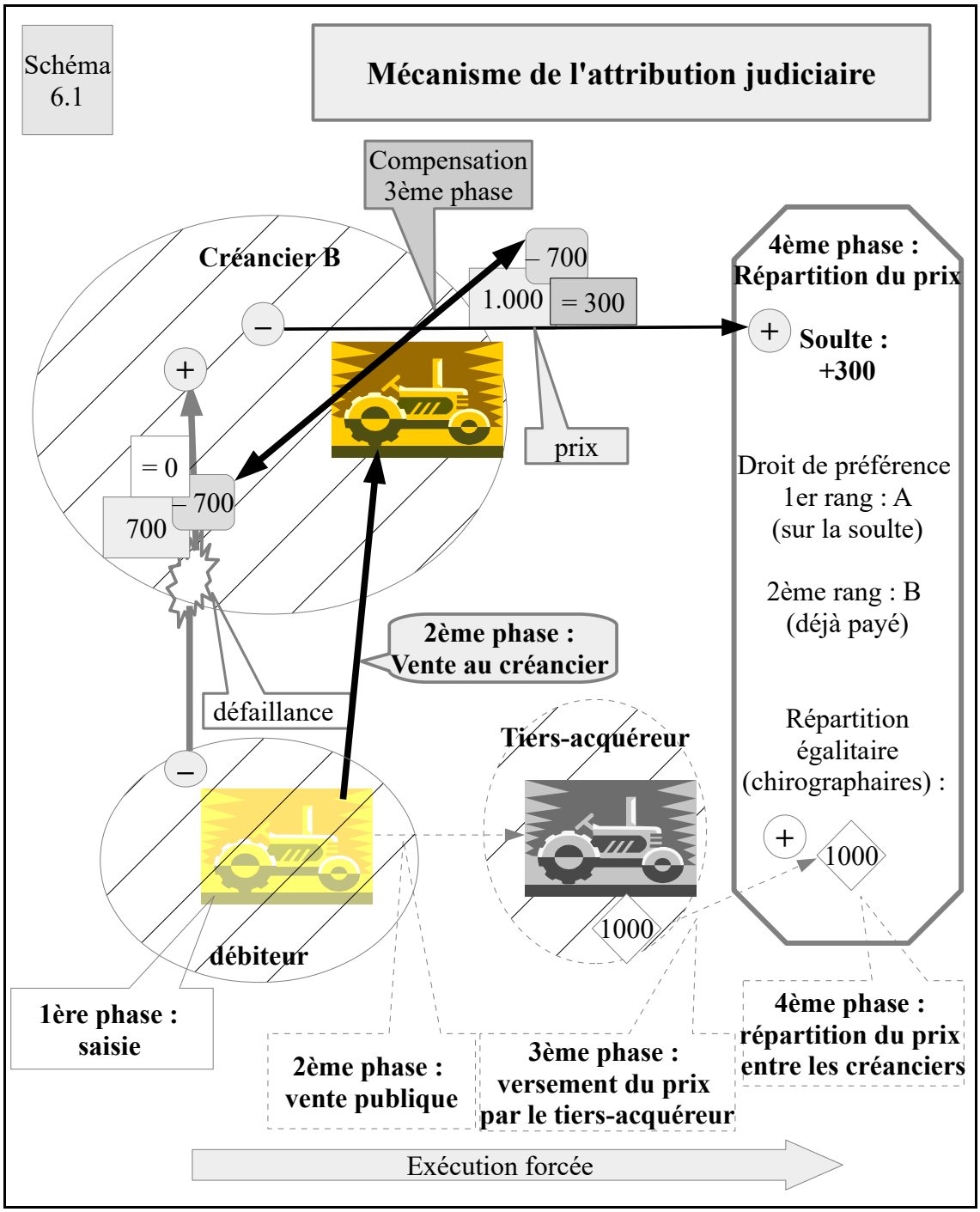
---

600. L'**attribution judiciaire** est une prérogative qui permet au créancier de devenir propriétaire d'un bien appartenant à son débiteur défaillant et de le payer par compensation. Cette modalité de paiement permet de surclasser les créanciers qui exercent leur droit de préférence.

Le déclenchement de l'attribution judiciaire a lieu après la saisie des biens du débiteur, et remplace la vente forcée aux enchères publiques. Le créancier demande à devenir propriétaire du bien inclus dans l'assiette de sa sûreté : la procédure de droit commun est court-circuitée à ce moment procédural précis, en *deuxième phase de l'exécution forcée* (schéma 6.1).

- la valeur du bien sera estimée de manière impartiale (par le juge). Cette valeur représente le prix d'acquisition, en lieu et place du prix qui aurait été obtenu aux enchères publiques ;
- le paiement du prix s'effectuera par compensation : le prix d'acquisition (dû par le créancier-acquéreur) se compensera avec le montant que lui doit encore le débiteur. À ce moment, le créancier quitte la procédure d'exécution forcée : il a obtenu son paiement de substitution.
- Si l'opération présente un solde (parce que la valeur estimée du bien ne correspond pas exactement au montant de la dette), le créancier restera chirographaire (solde débiteur : la valeur du bien ne suffit pas à éponger la dette) ou il versera une soulte (solde créditeur) aux autres créanciers pour répartition ou au débiteur pour attribution (4ème phase).

L'attribution judiciaire s'est développée dans un *contexte de conflits de sûretés réelles*. Lorsqu'un même bien figure dans l'assiette de deux créanciers munis d'une sûreté réelle et lorsque sa valeur ne permet pas aux deux d'être payés intégralement, le créancier qui bénéficie de l'attribution judiciaire (prérogative spécifique attribuée par sa sûreté réelle) pourra évincer un autre créancier (surtout s'il est mieux classé avec son droit de préférence). Si un immeuble (valant 100€) sert d'assiette à deux sûretés réelles, et si le débiteur doit 75€ à son banquier (prêteur muni d'une hypothèque légale) et 50€ de frais de justice (privilège immobilier général) :



– le classement du droit de préférence (supra) conduirait à payer les frais de justice (1er rang : 50€), et à ne payer le banquier (2ème rang) que pour le reliquat (50€). Le banquier serait alors exposé une perte sèche (pour un montant de 25€)[1] ;

[1] On sait que cet impayé (25€, à titre chirographaire) ne sera pas épongé sur les meubles du débiteur, puisque le privilège immobilier général est exercé à titre subsidiaire (art. 2476 c. civ.).

– si le banquier réclame et obtient l'attribution judiciaire, il obtiendra un paiement intégral, grâce à la compensation entre la valeur de l'immeuble (100€) et le montant de la dette (75€). Mais il devra verser une soulte (25€), payer les frais de mutation immobilière (env. 8%) et assumer les frais de portage (2%), le temps de revendre l'immeuble. Si l'immeuble est revendu 110€ après un an[1], l'opération aura été économiquement neutre : la soulte sera remboursée (25€), ainsi que les frais de mutation (8€) et les frais de portage (2€). Le banquier échappe alors à la charge de la pénurie, qui sera donc transférée sur les créanciers privilégiés (frais de justice ; salaires ordinaires), puisqu'ils n'obtiendront que la soulte (25€).

L'attribution judiciaire est donc un mécanisme qui permet à un créancier de devenir propriétaire d'un bien du débiteur et, par ce biais, d'obtenir un surclassement (lorsque plusieurs créanciers, même munis d'une sûreté réelle, sont en conflit sur un même bien). Ce résultat produit par l'attribution judiciaire est devenu particulièrement attrayant dans un contexte d'inflation des sûretés réelles : mais seuls les créanciers hypothécaires (§1er) et les créanciers gagistes ou nantis (§2ème) ont accès à cette prérogative.

600-1. Historiquement, l'attribution judiciaire est apparue comme une modalité simplifiée de paiement dans les opérations (fréquentes au XIXe siècle) de prêt sur gage effectuées au « mont de piété », par les caisses de crédit municipal.

Le prêteur sur gage obtenait la remise d'une chose (un bijou, fréquemment) qui faisait l'objet d'une estimation (âprement) convenue, correspondant au montant du prêt souscrit par l'emprunteur ; en cas de non-remboursement du prêt, le prêteur s'appropriait la chose (revendue ultérieurement), compensait avec le montant du prêt (entièrement impayé) et soldait l'emprunt, sans avoir à exercer de poursuites contre l'emprunteur. Le créancier était confronté à une défaillance individuelle (sans égard à la logique collective, caractérisée par la pénurie), et il exerçait une prérogative considérée comme mathématiquement équivalente au droit de préférence. La dette était soldée.

L'attribution judiciaire a longtemps pu apparaître comme une modalité secondaire, permettant de solder rapidement un défaut de paiement. C'est ainsi qu'elle est présentée par l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 dans l'hypothèque (art. 2450 et suiv. c. civ.[2]) et dans le gage (lorsque le créancier d'une dette professionnelle peut faire vendre sous huit jours la chose gagée :

[1] La vente aux enchères publiques conduit fréquemment à vendre l'immeuble avec une décote de 20% ; cette valeur est prise en compte pour effectuer l'estimation de la valeur du bien, de sorte qu'une revente amiable à un prix supérieur n'est pas invraisemblable.

[2] Les art. 2450 et suiv. c. civ. figurent dans la Section 7 « Des effets des hypothèques », Sous-section 1 « Du droit de préférence et du droit de suite » : l'attribution n'est pas mentionnée comme une prérogative spécifique.

art. 2346 al. 2 c. civ.[1]). Cette présentation classique n'explique toutefois pas le développement contemporain de l'attribution judiciaire, étendue aux gages sans dépossession (à partir des années 1950) puis à l'hypothèque (avec l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006) : la modernisation et la simplification du droit des sûretés est un argument qui cache certaines réalités plus prosaïques.

(601- à 604. : réservés)

§1er/ L'hypothèque : *la possession du débiteur*

605. L'**hypothèque** (définie à l'art. 2385 c. civ.[2]) consiste à affecter à la garantie d'une obligation un immeuble dont le débiteur conserve la possession (schéma 6.2). Cette possession conservée par le débiteur signifie que l'immeuble hypothéqué est saisissable par les autres créanciers ; mais l'immeuble reste affecté prioritairement au paiement du créancier hypothécaire tant que la dette hypothécaire n'est pas intégralement payée.

La *constitution d'une hypothèque* sur l'immeuble du débiteur ne se traduit par aucune perte de prérogatives par le débiteur, qui demeure propriétaire et possesseur de son immeuble (qu'il pourra habiter ou louer et même vendre). Pour avertir les tiers (créanciers saisissants, tiers-acquéreur éventuel …) que l'immeuble est désormais prioritairement affecté au paiement d'une obligation, l'inscription de l'hypothèque jouera un rôle central. Dès qu'elle est effectuée, les tiers devront se tenir informés de l'environnement juridique de l'immeuble : une charge hypothécaire le grève.

Les *effets de l'hypothèque* ont uniquement pour but de permettre au créancier hypothécaire d'obtenir un paiement prioritaire sur l'immeuble, tant qu'existe la dette hypothécaire.

[1] Art. 2346 c. civ. : « A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut poursuivre la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger.
(ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) « Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage. »

[2] Art. 2385 c. civ. : « L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation sans dépossession de celui qui la constitue. »

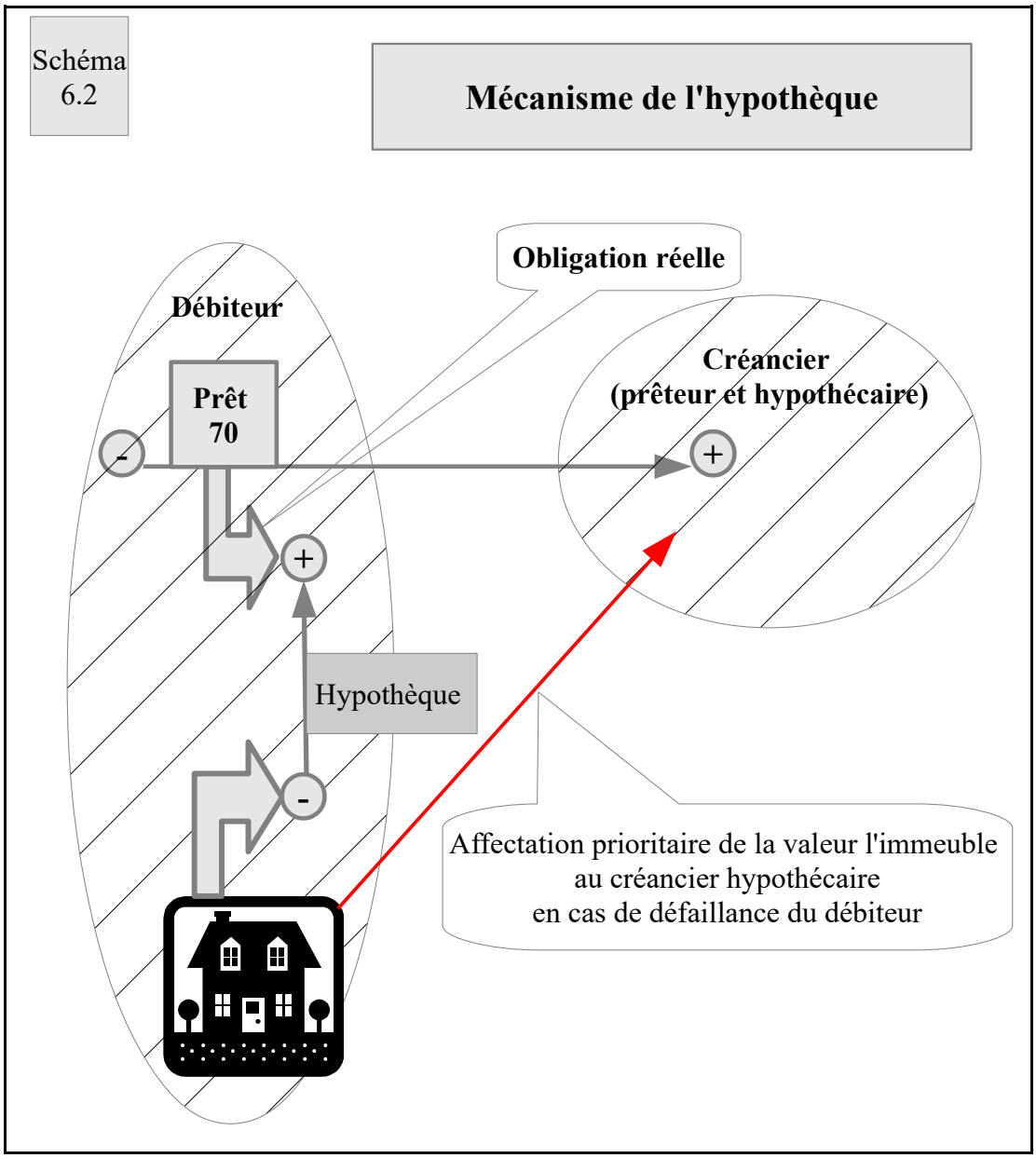
– Si la dette hypothécaire est remboursée (ou réputée l'être[1]), l'hypothèque disparaît (par voie accessoire), comme toute sûreté (ce que rappelle l'art. 2474 1° c. civ.[2]).

– Si la dette hypothécaire est en cours de remboursement, l'immeuble reste affecté à son paiement, ce qui supposera de régler une difficulté si l'immeuble est vendu à un tiers-acquéreur ou saisi par un autre créancier (chirographaire sur l'immeuble).

– Et si le débiteur ne rembourse plus sa dette, le créancier hypothécaire exercera ses prérogatives (droit de préférence ou attribution judiciaire) pour obtenir prioritairement un paiement de substitution.

[1] Civ. 3e, 12 mai 2021, n°19-16.514, Bull. (prescription extinctive de l'obligation du débiteur, entraînant l'extinction de l'hypothèque par voie accessoire).

[2] Art. 2474 c. civ. : « Les hypothèques s'éteignent notamment :
1° Par l'extinction de l'obligation principale (...) ».



L'hypothèque est une sûreté réelle immobilière spéciale (par son assiette) qui ne pourra se former (I) qu'en rendant l'opération opposable aux tiers, puisque le débiteur reste possesseur de son immeuble ; ses effets (II) devront permettre au créancier hypothécaire d'obtenir un paiement de substitution, tant que sa créance n'est pas intégralement payée.

I/ La constitution de l'hypothèque

606. La **constitution de l'hypothèque** obéit à un formalisme rigoureux, exposé (dans les dispositions générales) à l'article 2386 c. civ.[1] : « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. » Les cas autorisés par la loi renvoient aux

[1] Art. 2386 c. civ. : « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. »

conditions substantielles que l'hypothèque doit remplir, à savoir le type d'obligation garantie et l'assiette affectée au paiement de la dette ; les formes imposées par la loi font référence aux conditions exigées pour inscrire l'hypothèque et la rendre opposable aux tiers.

L'*obligation garantie* par l'hypothèque n'est pas quelconque, mais elle est relativement variée. Différentes catégories de créanciers ont accès à cette sûreté réelle : des créanciers en position de faiblesse relative (les mineurs face à leur tuteur), des créanciers unis par des liens familiaux (les époux) ou des créanciers contractuellement prévoyants (comme les banques). Ces catégories diversifiées de créanciers doivent toutefois être légalement énumérées pour avoir accès à l'hypothèque : en dehors des cas légalement prévus (« autorisés par la loi », dit l'art. 2386 c. civ.), les créanciers devront trouver une autre sûreté que l'hypothèque.

L'*assiette de l'hypothèque* porte nécessairement sur un immeuble : le constituant de l'hypothèque doit être titulaire d'un droit réel sur son immeuble pour pouvoir l'affecter à la garantie de l'obligation. Le constituant de l'hypothèque, qui conserve la possession de son immeuble, sera le débiteur (cas fréquent) ou un tiers (et notamment, le dirigeant de la sarl qui cherche à obtenir un prêt pour sa société). L'immeuble hypothéqué peut donc être la résidence principale d'une famille.

L'hypothèque ne deviendra *opposable aux tiers* que par l'inscription (à une exception près, celle du syndicat de copropriété). Cette inscription est régie par un formalisme rigoureux (art. 2421 à 2434 c. civ.), qui impose en pratique l'intervention d'un notaire. L'inscription joue un rôle central car les tiers sont fondés à ne prendre en compte que ce qui a été publié au livre foncier : les conséquences d'une inscription défectueuse engageront la responsabilité civile du notaire ou de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service de la publicité foncière (art. 2444 c. civ.[1]).

La constitution de l'hypothèque, dans les conditions « autorisées » par la loi (comprendre : exigées sous peine de nullité), imposera donc de préciser l'obligation

[1] Art. 2444 c. civ. : « I. - L'Etat est responsable du préjudice résultant des fautes commises par chaque service chargé de la publicité foncière dans l'exécution de ses attributions, notamment :

1° Du défaut de publication des actes et décisions judiciaires déposés dans les services chargés de la publicité
foncière et des inscriptions requises, toutes les fois que ce défaut de publication ne résulte pas d'une décision
de refus ou de rejet ;

2° De l'omission, dans les certificats délivrés par les services chargés de la publicité foncière, d'une ou plusieurs des inscriptions existantes, à moins dans ce dernier cas que l'erreur ne provienne de désignations insuffisantes ou inexactes qui ne pourraient leur être imputées.

II. - L'action en responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par chaque service chargé de la publicité foncière est exercée devant le juge judiciaire et, sous peine de forclusion, dans le délai de dix ans suivant le jour où la faute a été commise. »

garantie (1), l'assiette spécifique de cette sûreté réelle (2) et la forme de l'inscription de l'hypothèque (3).

1/ L'obligation garantie par l'hypothèque : *l'accès limité à l'hypothèque*

607. L'**obligation garantie** par l'hypothèque ne couvre que certains créanciers, lors d'opérations légalement énumérées. Cet accès limité à l'hypothèque n'est toutefois restrictif qu'en apparence : la source de l'hypothèque est diversifiée et la dette couverte inclut les accessoires.

Pour qu'un créancier puisse être garanti par une hypothèque, il faut un texte. L'accès à l'hypothèque semble toutefois relativement ouvert, puisque, selon l'article 2387 c. civ., « L'hypothèque est légale, judiciaire ou conventionnelle. » La *source de l'hypothèque* est donc aussi ouverte que dans le cautionnement.

L'étendue de l'obligation couverte par l'hypothèque inclut également *tous les accessoires de la dette, et notamment les intérêts*. Selon l'article 2390 c. civ., « L'hypothèque s'étend aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie. (...) ». Conformément au droit commun qui régit toutes les sûretés, l'hypothèque garantit également les restitutions[1] (art. 1352-9 c. civ.[2], supra n°11).

L'étendue des obligations couvertes par l'hypothèque est donc de nature à protéger efficacement différentes catégories de créanciers : la source de l'hypothèque (a) est diversifiée, et les créanciers sont couverts également pour les accessoires (à savoir intérêts et les frais) (b).

a/ La source de l'hypothèque : *légale, judiciaire ou contractuelle*

608. La **source de l'hypothèque** permet d'identifier les différentes catégories de créanciers qui ont accès à cette sûreté immobilière spéciale, afin que leur créance (légale, contractuelle ou judiciaire) soit protégée. La source de l'hypothèque est une question différente de la source de l'obligation garantie. Selon l'article 2387 c. civ., « L'hypothèque est légale, judiciaire ou conventionnelle. »

[1] Civ. 3e, 5 nov. 2008, n°07-17.357 : « L'obligation de restituer inhérente à un contrat de prêt annulé demeurant tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'hypothèque en considération de laquelle ce prêt a été consenti subsiste jusqu'à l'extinction de cette obligation ». L'hypothèque, comme le cautionnement, s'étend donc aux obligations quasi-contractuelles de restitution.

[2] Art. 1352-9 c. civ. : « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme. »

Le régime de l'*hypothèque judiciaire,* qui garantit le plaideur reconnu comme créancier par une décision de justice, fait l'objet d'un renvoi (art. 2408 c. civ.[3]) : la matière relève des procédures civiles d'exécution (infra). L'article 2401 c. civ.[4] se borne à préciser la notion de décision de justice.

Restent les diverses hypothèques légales (art. 2392 à 2407 c. civ.) et l'hypothèque contractuelle (art. 2409 à 2417 c. civ.).

> **609.** L'**hypothèque judiciaire** permet à un plaideur d'éviter que la lenteur de la justice permette au débiteur potentiel d'organiser son insolvabilité. Cela explique le mécanisme en deux temps de cette mesure conservatoire.
>
> Dans un premier temps, le demandeur sollicite du juge une *inscription provisoire*. Avant même d'assigner le défendeur en justice, le demandeur (créancier éventuel) invoque une créance « paraissant fondée en son principe et dont le recouvrement est en péril ». Il s'agit de geler une situation qui menace de se dégrader, par une mesure conservatoire : une autorisation judiciaire est sollicitée en référé. Le juge statue donc sans avoir entendu le débiteur, par une procédure unilatérale (ce qui est d'ailleurs le but de la manœuvre : ne pas prévenir le débiteur, afin de l'empêcher de dissimuler ses biens). Le juge fixe le montant de la créance garantie, et indique quels immeubles seront grevés. Une fois l'autorisation obtenue, le créancier doit assigner le débiteur dans le mois qui suit l'autorisation, sous peine de perdre son hypothèque. L'inscription provisoire, destinée à la rendre opposable aux tiers, doit intervenir dans les trois mois de la décision d'autorisation, à peine de caducité de celle-ci (art. R. 511-6 c. pr. civ. ex.). L'inscription provisoire est alors dénoncée au débiteur par acte d'huissier, huit jours après l'inscription provisoire (plus précisément, dans un délai de huit jours à compter du dépôt des bordereaux d'inscription : art. R. 532-5 c. pr. civ. ex.) : cette information du débiteur permet alors de respecter de principe du contradictoire. Le débiteur peut alors demander mainlevée ou réduction du montant de la créance garantie. Est compétent le juge qui a donné l'autorisation : là encore, la procédure de mainlevée est rapide, car le débiteur peut agir en référé. La procédure permet donc de limiter, sans supprimer, les risques d'injustice de la procédure pour le débiteur.
>
> Dans un deuxième temps, le demandeur obtient l'*inscription définitive*, laquelle doit être effectuée dans les deux mois du jugement de condamnation passé en force de chose jugée (art. 2423 c. civ.[3]) : à défaut, l'inscription ne prendra rang qu'à sa date d'inscription, et non à celle de

[3] Section 3 : Des hypothèques judiciaires, art. 2408 c. civ. : « L'hypothèque judiciaire, qui est constituée à titre conservatoire, est régie par le code des procédures civiles d'exécution. »

[4] Paragraphe 3 : Des règles particulières à l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation

Art. 2401 c. civ. : « L'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation résulte des jugements contradictoires ou par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus.

« Elle résulte également des sentences arbitrales revêtues de l'exequatur ainsi que des décisions judiciaires rendues par les juridictions d'un autre Etat et revêtues de la force exécutoire en France. »

[3] Art. 2423 c. civ. : « L'inscription des hypothèques est opérée par le service chargé de la publicité foncière sur le dépôt de deux bordereaux datés, signés et certifiés conformes entre eux par le signataire du certificat d'identité prévu aux articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955 ; un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions de forme auxquelles le bordereau destiné à être conservé par ce service doit satisfaire. Au cas où l'inscrivant ne se serait pas servi d'une formule réglementaire, le service chargé de la publicité foncière accepterait cependant le dépôt, sous

l'inscription de l'hypothèque provisoire[1]. Cette inscription définitive ne constitue pas une nouvelle inscription : l'inscription définitive est donc possible, malgré la survenance d'un événement arrêtant le cours des inscriptions (art. 2422 c. civ. : infra) ; elle prend rang à la date de l'inscription provisoire. Le créancier prime alors les créanciers inscrits entre-temps, ce dont ces derniers sont informés.

610. L'hypothèque légale protège différentes catégories de créances, légales comme contractuelles, dès lors que la créance figure dans la liste légale. Au sein des hypothèques légales, l'article 2392 c. civ.[2] distingue les hypothèques générales (qui peuvent porter sur n'importe quel immeuble appartenant au débiteur) et les hypothèques spéciales (qui ne peuvent porter que sur un immeuble précis, en lien avec l'obligation couverte par l'hypothèque).

réserve des dispositions de l'avant-dernier alinéa du présent article.
« Toutefois, pour l'inscription de l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation et de l'hypothèque judiciaire, le créancier présente en outre, soit par lui-même, soit par un tiers, audit service :
1° L'original, une expédition authentique ou un extrait littéral de la décision judiciaire donnant naissance à l'hypothèque, lorsque celle-ci résulte des dispositions de l'article 2401 ;
2° L'autorisation du juge, la décision judiciaire ou le titre pour l'hypothèque judiciaire.
« Chacun des bordereaux contient exclusivement les indications et mentions fixées par décret en Conseil d'Etat.
« Le dépôt est refusé :
1° A défaut de présentation du titre générateur de la sûreté pour l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation et pour l'hypothèque judiciaire ;
2° A défaut de la mention visée de la certification de l'identité des parties prescrite par les articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955, ou si les immeubles ne sont pas individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés.
« Si le service chargé de la publicité foncière, après avoir accepté le dépôt, constate l'omission d'une des mentions prescrites, ou une discordance entre, d'une part, les énonciations relatives à l'identité des parties ou à la désignation des immeubles contenues dans le bordereau, et, d'autre part, ces mêmes énonciations contenues dans les bordereaux ou titres déjà publiés depuis le 1er janvier 1956, la formalité est rejetée, à moins que le requérant ne régularise le bordereau ou qu'il ne produise les justifications établissant son exactitude, auxquels cas la formalité prend rang à la date de la remise du bordereau constatée au registre de dépôts.
« La formalité est également rejetée lorsque les bordereaux comportent un montant de créance garantie supérieur à celui figurant dans le titre pour l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation et pour l'hypothèque judiciaire ainsi que, dans l'hypothèse visée au premier alinéa du présent article, si le requérant ne substitue pas un nouveau bordereau sur formule réglementaire au bordereau irrégulier en la forme.
« Le décret prévu ci-dessus détermine les modalités du refus du dépôt ou du rejet de la formalité. »

[1] Com. 11 oct. 2016, n°14-28.072, JCP 2016. 1224, n°15, obs. P. Delebecque ; Defrénois 2017. 112, obs. S. Piedelièvre.

[2] Art. 2392 c. civ. : « Les hypothèques légales sont générales ou spéciales.
« Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur. Il peut prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés, par la suite, dans le patrimoine de son débiteur.
« Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque spéciale ne peut inscrire son droit que sur l'immeuble sur lequel elle porte. »

Les *hypothèques légales générales* (qui devront être inscrites, comme toutes les autres : infra) portent sur un immeuble quelconque du débiteur. Selon l'article 2393 c. civ.[1], les créanciers protégés par cette hypothèque peuvent être classés en trois catégories :

- les créanciers unis par un lien de famille (époux envers le conjoint, légataire envers l'héritier, mineur envers le tuteur : art. 2393 1°, 2° et 4° c. civ.) ;
- les créanciers ayant obtenu une décision de justice condamnant leur débiteur (art. 2393 3° et 6° c. civ.) ;
- les créanciers dotés également d'un privilège mobilier général : frais funéraires, trésor public, sécurité sociale (art. 2393 5°, 7° et 8° c. civ.).

Les *hypothèques légales spéciales* (art. 2402 c. civ.[2]) protègent, pour l'essentiel, des créanciers contractuels économiquement utiles au débiteur, mais d'autres créanciers bénéficient également de cette protection :

- les créanciers économiquement utiles sont essentiellement le prêteur de deniers (2402 2° c. civ.), à savoir le banquier qui finance l'acquisition immobilière, ainsi que le vendeur d'immeuble (2402 1° c. civ.), cas de figure désormais plus marginal avec la bancarisation de la société ; l'organisme prêteur

[1] Art. 2393 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale générale est attachée sont :
1° Celles de l'un des époux contre l'autre ;
2° Celles des mineurs ou des majeurs en tutelle contre l'administrateur légal ou le tuteur ;
3° Celles de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics contre les receveurs et administrateurs comptables ;
4° Celles du légataire, sur les biens immeubles de la succession, en vertu de l'article 1017 ;
5° Celles des frais funéraires ;
6° Celles ayant fait l'objet d'un jugement, contre le débiteur condamné ;
7° Celles du Trésor public, dans les conditions fixées par le livre des procédures fiscales ;
8° Celles des caisses de sécurité sociale, dans les conditions fixées par le code de la sécurité sociale.

[2] Art. 2402 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes :
1° La créance du prix de vente d'un immeuble est garantie sur celui-ci ;
2° La créance de celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble est garantie sur celui-ci pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi, et par la quittance du vendeur que ce paiement a été fait des deniers empruntés ;
3° Les créances de toute nature du syndicat des copropriétaires relatives à l'année courante ainsi qu'aux quatre dernières années échues sont garanties sur le lot vendu du copropriétaire débiteur ;
4° La créance d'un héritier ou d'un copartageant, par l'effet du partage, du rapport ou de la réduction est garantie sur les immeubles partagés, donnés ou légués ;
5° Les créances sur une personne défunte et les legs de sommes d'argent d'une part, les créances sur la personne de l'héritier d'autre part, sont respectivement garantis sur les immeubles successoraux et les immeubles personnels de l'héritier comme il est dit à l'article 878 ;
6° La créance de l'accédant à la propriété titulaire d'un contrat de location-accession régi par la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière est garantie sur l'immeuble faisant l'objet du contrat, pour la garantie des droits qu'il tient de ce contrat ;
7° Les créances de l'Etat, de la commune, de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou de la métropole de Lyon, selon le cas, nées de l'application de l'article L. 184-1, du chapitre Ier du titre Ier du livre V ou de l'article L. 521-3-2 du code de la construction et de l'habitation sont garanties sur les immeubles faisant l'objet des mesures prises en application de ces dispositions. »

qui finance l'accession à la propriété du débiteur (choisi sur critères sociaux) figure également dans la liste (art. 2402 6° c. civ.) ;

– le syndicat de copropriété (art. 2402 3° c. civ.) à raison des charges de copropriété peut être assimilé à un créancier économiquement utile, dans la mesure où les charges de l'immeuble sont destinées à l'entretien de l'immeuble ;

– divers autres créanciers sont protégés, notamment lors d'une succession (art. 2402 4°et 5°) ou lorsque des collectivités territoriales imposent des travaux de réfection à des propriétaires d'immeubles insalubres (art. 2402 7° c. civ.).

Dans la liste (fastidieuse à lire) des diverses créances garanties par les hypothèques légales, générales ou spéciales, *quelques créanciers importants* sont présents. On trouve notamment :

– le trésor public et la sécurité sociale, qui peuvent se protéger quand leur débiteur professionnel est propriétaire d'immeuble, à raison des créances échues et impayées, quand elles dépassent un certain montant ;

– le syndicat de copropriété est bien protégé, et il peut laisser filer pendant un certain temps (quatre ans) le passif d'un copropriétaire ;

– le banquier (prêteur) sera garanti à raison d'une créance à échoir, lors d'une acquisition ponctuelle. L'hypothèque légale du prêteur ne peut pas garantir une créance future ou rechargeable : dans ce cas, le banquier (créancier économiquement utile) doit obtenir une hypothèque contractuelle (et devenir un créancier économiquement prévoyant).

611. L'**hypothèque légale du prêteur de deniers** (art. 2402 2° c. civ.[1]) n'est pas une hypothèque contractuelle. Le prêteur de deniers bénéficie de la subrogation : le paiement (partiel ou intégral) du vendeur n'éteint pas l'obligation nouée entre lui et l'acquéreur ; cette obligation sera maintenue en vie, mais son vecteur est déplacé vers le prêteur. Le prêteur est subrogé, avec toutes les conséquences que cela implique.

Le prêteur de deniers remplace le vendeur : l'article 2402 2° c. civ. exige que les formalités du remploi soient accomplies. Il s'agit donc d'une *subrogation contractuelle à l'initiative du débiteur* : celui-ci en convient avec le prêteur, en prenant à sa charge les frais d'inscription de l'hypothèque légale. Le contrat conclu entre le prêteur de deniers et l'emprunteur ne confère à

[1] Art. 2402 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes :
1° La créance du prix de vente d'un immeuble est garantie sur celui-ci ;
2° La créance de celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble est garantie sur celui-ci pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi, et par la quittance du vendeur que ce paiement a été fait des deniers empruntés ; »

l'hypothèque légale aucun caractère contractuel. Le régime de l'hypothèque légale du vendeur d'immeuble ou celle du prêteur (subrogé) est gouverné exclusivement par la loi. Le débiteur et son créancier hypothécaire ne bénéficient pas de la liberté contractuelle reconnue aux parties à une hypothèque contractuelle.

Puisque le prêteur est subrogé dans les droits du vendeur d'immeuble, il s'ensuit que le prêteur, en tant que tiers-payeur, conserve son *recours personnel* contre le débiteur (au titre de l'enrichissement injustifié). L'hypothèque légale du prêteur de deniers est, en réalité, un recours subrogatoire. Si, pour une raison ou pour une autre (l'immeuble, bien commun, n'entrant pas dans le droit de gage général du prêteur) l'hypothèque légale est inefficace, le prêteurs de deniers continue de pouvoir exercer contre le débiteur, un recours personnel en tant que créancier chirographaire. Question : en tant que tiers-payeur, sa créance est-elle quelconque (soumise à l'art. 1413 c. civ.[1]) et son droit de gage général peut-il porter sur les biens communs ordinaires, lorsque les conjoints sont mariés sous un régime communautaire ?

612. L'hypothèque **contractuelle** (art. 2409 et suiv.) résulte d'un contrat unilatéral, conclu entre le débiteur et son créancier, économiquement prévoyant et en position de puissance suffisante pour imposer sa conclusion au constituant (débiteur ou dirigeant de sarl, qui affecte son immeuble d'habitation à la garantie de prêts professionnels octroyés à son entreprise).

La liberté contractuelle dont disposent les parties (au contrat d'hypothèque) est encadrée par des dispositions d'ordre public, qui ont principalement pour fonction de s'assurer du consentement valide donné par le constituant et de rendre l'objet du contrat suffisamment déterminable.

612-1. Le **prêt hypothécaire** repose sur une économie dans laquelle la charge des intérêts est la question centrale. Le constituant (propriétaire de son immeuble) s'engage dans un prêt (conclu à 2% l'an), destiné à financer une activité rentable (5% l'an, en moyenne) mais risquée. Le débiteur conserve la possession de son immeuble (qu'il habite ou loue), mais la banque obtient une hypothèque :

– si le prêt est correctement remboursé, parce que l'opération financée s'est avérée rentable, le débiteur-emprunteur disposera d'un capital, en sus de son immeuble. Le débiteur a emprunté et remboursé 100.000€, grâce aux revenus générés par l'activité (ayant donné lieu au prêt), tout en continuant à habiter dans son immeuble.

– si le prêt n'est pas correctement remboursé, la valeur de l'immeuble sera prioritairement affectée au remboursement du prêt. L'investissement a été non rentable : les revenus perçus ont été insuffisants pour rembourser les intérêts du prêt et/ou le

[1] Art. 1413 c. civ.: « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

capital emprunté. La vente de l'immeuble permettra d'éponger ces dettes. L'emprunteur était propriétaire ; il deviendra locataire.

Le contrat d'hypothèque peut donc, pour l'emprunteur-propriétaire d'immeuble, solvabiliser une activité risquée mais potentiellement rentable, grâce à la valeur de l'immeuble. Les parties aux contrats de prêt et d'hypothèque pourront avoir la tentation d'utiliser leur liberté contractuelle en limitant, par exemple, l'amortissement du capital (remboursé à la fin). Les dispositions qui limitent l'efficacité du contrat d'hypothèque auront donc une répercussion immédiate sur le contrat de prêt, puisque l'un et l'autre sont interdépendants.

613. Le **consentement au contrat d'hypothèque** sera exprimé formellement, devant le notaire qui a pour mission de s'assurer de la compréhension, par le constituant, de l'acte dans lequel il s'engage unilatéralement envers un créancier qui est, le plus souvent, une banque.

Le *consentement au contrat d'hypothèque* sera donné par le débiteur (qui cherche à obtenir un financement) ou par un tiers (souvent le dirigeant de sarl) qui s'engage.

– L'obligation garantie par une hypothèque consentie par le débiteur engage tout son patrimoine (de sorte que si l'hypothèque, pour une raison ou une autre, devient inefficace, le créancier restera chirographaire).

– Lorsque le constituant de l'hypothèque est un tiers (type dirigeant de sarl), il n'engage que l'immeuble. C'est un cautionnement réel (supra n°117), en l'occurrence hypothécaire : si ce cautionnement hypothécaire est privé d'effet, le créancier sera privé de toute action contre le constituant (art. 2325 c. civ.[1]).

L'*expression du consentement* est soumise à une condition de forme. Le contrat est solennel : l'article 2409 c. civ.[2] impose l'intervention d'un notaire, à peine de nullité. La mission du notaire consiste à avertir le débiteur des effets possibles de l'hypothèque et à garantir la validité de l'acte qu'il rédige, sous peine d'engager sa responsabilité civile (couverte par un cautionnement légal : supra n°101).

La *capacité du débiteur* à consentir à l'hypothèque est celle requise pour les actes de disposition (art. 2410 c. civ.[3]), solution qui résulte probablement davantage de l'histoire que d'une exigence rationnelle. En effet, en présence d'un engagement (pris avec une capacité normale), un créancier impayé (hypothécaire comme chirographaire) est en

[1] Art. 2325 c. civ. : « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.
« Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables. »

[2] Art. 2409 c. civ. : « L'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié.
« Le mandat d'hypothéquer est donné dans les mêmes formes. »

[3] Art. 2410 c. civ. : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui a la capacité de disposer de l'immeuble qu'il y soumet. »

droit de faire saisir et vendre l'immeuble : les prérogatives exercées par le créancier hypothécaire, dans le cadre de l'exécution forcée, ne dépendent en rien de la capacité du débiteur. L'explication de cette règle, reprise en 2021, pourrait trouver sa source dans l'histoire, ce que suggère un codificateur de 1804[1].

Le *pouvoir d'engager l'immeuble* dans un contrat d'hypothèque, obéit au droit commun.

- Conformément au principe de droit commun, le *propriétaire exclusif* de l'immeuble dispose du pouvoir exclusif pour l'hypothéquer. Le célibataire, l'époux ou le pacsé, dont l'immeuble est bien propre (c-à-d. hérité ou acquis avant le mariage ou le pacs) consentent seuls à l'hypothèque.
- Si l'immeuble fait l'objet d'une *propriété à plusieurs*, il faudra obtenir l'accord de tous. Si l'immeuble est en indivision (constituant pacsé ; indivision successorale ; régime séparatiste), le consentement de tous les coïndivisaires est requis (art. 2412 al. 1er c. civ.[2]). Si l'immeuble est un bien commun (c-à-d. la propriété entière de l'un comme de l'autre conjoint, marié sous un régime communautaire), il faudra que les deux époux consentent (cogestion : art. 1424 c. civ.[3]).

Le consentement au contrat d'hypothèque est donc donné formellement. Le notaire doit s'assurer de la capacité et du pouvoir de gestion du constituant, débiteur personnellement engagé ou tiers engagé dans un cautionnement réel.

614. L'**objet du contrat d'hypothèque** sera suffisamment déterminé quand trois conditions essentielles sont remplies : l'immeuble doit être désigné, la créance garantie identifiée et son montant chiffré. La liberté contractuelle dont disposent les parties leur permet d'utiliser le contrat d'hypothèque de manière plus large qu'une hypothèque légale. En effet, lors de l'acquisition d'un immeuble, le banquier peut soit se contenter de son hypothèque légale du prêteur de deniers, soit obtenir un contrat d'hypothèque qui présente deux intérêts spécifiques, l'un portant sur l'immeuble, l'autre sur la créance garantie.

---

[1] Bigot-Préameneu, *Travaux préparatoires du code civil de 1804*, in Fenet, tome XV, p.265-266 : « Il est vrai qu'une loi rendue en 1611 pour la Belgique avait établi que (…) l'hypothèque étant assimilée à une aliénation, il était nécessaire de spécifier les immeubles qui en étaient l'objet. (…) La loi de 1611 fut (…) une mesure oppressive, pour assurer l'usurpation des seigneurs féodaux, qui, afin de multiplier leurs droits de mutation, parvinrent à faire décider que de simples hypothèques seraient considérées comme des aliénations effectives. »

[2] Art. 2412 al. 1er c. civ. : « L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage si elle a été consentie par tous les indivisaires. (...) ».

[3] Art. 1424 c. civ. : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles … »). Le défaut d'accord du conjoint entraîne la nullité de l'acte ; dans le cautionnement, le contrat est valable, mais le droit de gage du créancier est limité aux propres.

L'*immeuble hypothéqué par contrat* peut être présent ou (légèrement) futur. Contrairement aux hypothèques légales qui ne peuvent porter que sur des immeubles présents, l'article 2414 al. 1er c. civ. réalise une ouverture au profit du créancier : « L'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs. » Toutefois, l'alinéa 2 précise immédiatement que « A peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2421[1]. » L'exigence d'une désignation précise de l'immeuble hypothéqué (dénommée principe de spécialité : infra) encadre donc la liberté contractuelle. L'extension dont bénéficient les parties au contrat d'hypothèque reste limitée. Le projet d'acquisition de l'immeuble futur doit donc être suffisamment engagé pour que l'immeuble soit précisément identifié.

La *créance garantie* par le contrat d'hypothèque présente deux singularités par rapport à celle des hypothèques légales : elle peut être future et rechargeable. Une clause explicite du contrat d'hypothèque pourra donc prévoir que le créancier sera garanti à raison de crédits qui ne sont pas encore octroyés et que ces crédits prendront rang à la date d'inscription du contrat d'hypothèque. Ces deux extensions ont pour but de rendre l'hypothèque contractuelle attractive.

– Selon l'article 2415 c. civ.[2], « l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. » Contrairement aux hypothèques légales, qui ne peuvent garantir que des créances présentes, l'hypothèque contractuelle peut couvrir le créancier à raison d'une *obligation future* encore éventuelle (solde d'un compte bancaire, qui ne sera connu qu'ultérieurement) ou de crédits qui pourront être octroyés. Le contrat d'hypothèque peut également couvrir l'exécution de contrats conclus à durée indéterminée[3] (livraisons à effectuer par un fournisseur ; remboursement des emprunts destinés à acquérir les camions d'un transporteur …). L'article 2415 c. civ. ne pose, en réalité, qu'une exigence : ces créances présentes ou futures doivent être suffisamment « déterminables », par l'identité des parties et par le

[1] Art. 2421 al. 3 c. civ. : « En toute hypothèse, les immeubles sur lesquels l'inscription est requise doivent être individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés, à l'exclusion de toute désignation générale, même limitée à une circonscription territoriale donnée. »

[2] Art. 2415 c. civ. : « L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables.
« La cause en est déterminée dans l'acte. »

[3] Art. 2423 al.3 : « Lorsqu'elle est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement. »

type d'opérations réalisées (des prêts permettant d'identifier les obligations couvertes).

– La créance garantie peut être rechargeable (art. 2416 c. civ.[1]), mais uniquement pour garantir une dette professionnelle : « L'hypothèque constituée à des fins professionnelles (...) peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément ». Un entrepreneur individuel, un gérant de sarl ou la sarl elle-même peuvent donc convenir avec la banque d'une clause de rechargement selon laquelle un nouveau crédit (obligation future) pourra remplacer l'ancien crédit (remboursé ou non).

– afin de permettre la concurrence lors de l'octroi du second crédit, la clause de rechargement profitera indifféremment à l'ancien créancier ou à un nouveau. Toute clause contraire est réputée abusive : « nonobstant toute clause contraire »

– la clause de rechargement aura une *durée* limitée à cinquante ans maximum (art. 2429 al.3 c. civ.[2]). Mais cette durée peut être unilatéralement réduite par le débiteur (notamment s'il entend vendre son immeuble) : il suffira de respecter un préavis de trois mois (art. 2417 al. 2 c. civ.[3]) et l'obligation de couverture cessera.

– la clause de rechargement peut être convenue lors de la constitution de l'hypothèque (ce qui est le plus simple), ou ultérieurement, lorsque le débiteur se rend compte du profit qu'il pourra tirer de cette clause. Un addentum, notarié, sera alors effectué et publié ;

[1] Art. 2416 c. civ. : « L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.
« Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2417, non seulement au créancier originaire, mais aussi, nonobstant toute clause contraire, à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.
« La convention de rechargement qu'il passe soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier revêt la forme notariée.
« Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2425, à peine d'inopposabilité aux tiers. »

[2] Art. 2429 c. civ. : « L'inscription conserve l'hypothèque jusqu'à la date que fixe le créancier en se conformant aux dispositions qui suivent.
« Si le principal de l'obligation garantie doit être acquitté à une ou plusieurs dates déterminées, la date extrême d'effet de l'inscription prise avant l'échéance ou la dernière échéance prévue est, au plus, postérieure de un an à cette échéance, sans toutefois que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années.
« Si l'échéance ou la dernière échéance est indéterminée, notamment dans le cas prévu à l'article L. 315-1 du code de la consommation, ou si l'hypothèque est assortie d'une clause de rechargement prévue à l'article 2416, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années au jour de la formalité. (...) ».

[3] Art. 2417 al. 2 c. civ. : « Lorsqu'elle est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement. »

– la clause de rechargement permet d'éviter les frais de constitution de l'hypothèque pour l'obtention d'un nouveau crédit. Le rechargement sert à garantir une somme globale, renouvelée au fur et à mesure des remboursements : la valeur de l'immeuble peut ainsi garantir un passif (professionnel) qui n'aura qu'une faible vocation à décroître. L'innovation est destinée à stimuler la pratique (un peu déclinante) de l'hypothèque : son coût (2% du montant du prêt, à la charge du débiteur[1]) peut être amorti par le rechargement, affecté à la garantie de dettes futures (et doté du rang de l'hypothèque initiale : art. 2440 c. civ.[2]). En effet, l'hypothèque n'est publiée qu'une fois : elle peut devenir une concurrente d'autres techniques (notamment du cautionnement ou de l'assurance).

La liberté contractuelle dont disposent les parties au contrat d'hypothèque s'exerce dans le cadre légal. Dans toute hypothèque (contractuelle comme légale), le montant de l'obligation garantie doit être chiffré, ce que rappelle l'article 2417 al. 1er c. civ.[3] : « L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. » Le notaire vérifie également que le montant de l'hypothèque est en rapport avec la valeur de l'immeuble.

615. La **source de l'hypothèque** montre que différentes catégories de créanciers peuvent être protégés, et notamment :

– les créanciers contractuels prévoyants (banque) avec l'hypothèque légale spéciale du prêteur (lorsque la banque finance l'acquisition) ou l'hypothèque contractuelle (lorsque la banque finance l'acquisition de l'immeuble ou une activité quelconque du débiteur),

– mais aussi (hypothèque légale générale) le trésor public, la sécurité sociale,

[1] Pour une hypothèque garantissant un prêt immobilier de 150 000 €, les frais oscillent entre 2 000 € et 3 000 €.

[2] Art. 2420 c. civ. : « Les créanciers titulaires d'une même hypothèque rechargeable bénéficient du rang de l'inscription de la convention constitutive de la sûreté.
« Toutefois, dans leurs relations réciproques, la date de publication des conventions de rechargement détermine leur rang. Il en va de même à l'égard des créanciers titulaires d'une hypothèque légale ou judiciaire. »

[3] Art. 2417 c. civ. : « L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée, pourvu que l'acte le mentionne.

– et quelques autres catégories de créanciers (dans le cadre familial, spécifiquement).

b/ L'inclusion des accessoires : *les intérêts et les frais*

616. L'**inclusion des accessoires** de l'obligation permet au créancier d'affecter l'hypothèque à la garantie des intérêts et des frais. Selon l'article 2390 c. civ. : « L'hypothèque s'étend aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie. (...) » Le montant de la créance couverte (100€), ce qui correspond au capital de la dette, s'étend aux intérêts (15€) et aux frais (8€), soit 123€ au total[1].

L'inclusion des accessoires suit le régime de l'obligation réelle. En conséquence, le « tiers subrogé » reste couvert par l'hypothèque (art. 2390 c. civ.[2]), même si l'intérêt auquel il a droit est différent de celui qui était dû au créancier originaire. Lorsque le débiteur cherche à renégocier son crédit auprès d'une autre banque, afin d'obtenir un taux d'intérêt moins élevé, le nouveau créancier (tiers subrogé) sera garanti par l'hypothèque constituée entre l'emprunteur et le prêteur originaire. Les intérêts dus au nouveau créancier sont protégés de la même manière que ceux qui étaient dus à l'ancien créancier.

Le créancier hypothécaire est donc correctement protégé : c'est vrai pour les frais, mais avec un doute ; quant aux intérêts, le législateur fixe une limite.

616. Les **frais** figurent parmi les accessoires de la créance. Ils sont à la charge du débiteur après l'obtention du titre exécutoire et en présence d'une hypothèque légale spéciale.

Conformément au droit commun[3], les frais exposés par le créancier *après l'obtention du titre exécutoire* sont à la charge du débiteur (art. L. 111-8 c. proc. civ. ex.[4]). Si le débiteur veut bénéficier d'un délai de paiement (alors que sa dette est présente et échue), il devra fournir une

[1] On sait que, dans le cautionnement, le montant de l'obligation de règlement correspond au montant maximal dû par la caution : la caution couvre les intérêts et les frais, mais uniquement si leur montant ne dépasse l'obligation de règlement.

[2] Art. 2390 c. civ. : « L'hypothèque s'étend aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie. Cette extension profite au tiers subrogé dans la créance garantie pour les intérêts et autres accessoires qui lui sont dus. »

[3] *Régime général de l'obligation*, n°809

[4] Art. L. 111-8 c. proc. civ. ex. : « A l'exception des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement qui peuvent être mis partiellement à la charge des créanciers dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les frais de l'exécution forcée sont à la charge du débiteur, sauf s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés. Les contestations sont tranchées par le juge.

« Les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent à la charge du créancier, sauf s'ils concernent un acte dont l'accomplissement est prescrit par la loi. Toute stipulation contraire est réputée non écrite, sauf disposition législative contraire.

« Cependant, le créancier qui justifie du caractère nécessaire des démarches entreprises pour recouvrer sa créance peut demander au juge de l'exécution de laisser tout ou partie des frais ainsi exposés à la charge du débiteur de mauvaise foi. »

sûreté (éventuellement une hypothèque) : les frais de constitution de l'hypothèque sont alors logiquement à sa charge.

Selon l'article 2406 c. civ.[1], « Les frais d'inscription sont à la charge des débiteurs. » Le débiteur est tenu de payer les frais d'inscription des hypothèques légales spéciales.

– Telle qu'elle est rédigée, la disposition semble viser toutes les hypothèques légales spéciales, mais elles seules. L'article 2406 c. civ. est placé dans la sous-section 2 consacrée aux hypothèques légales spéciales, et non pas dans les dispositions communes à toutes les hypothèques légales (art. 2392 c. civ.[2]). Les créanciers économiquement utiles (prêteur, vendeur, syndicat de copropriété) sont principalement visés : la solution, telle qu'elle est prévue, risque de conduire à un renchérissement du coût du crédit (pour le débiteur), si ces créanciers doivent systématiquement inscrire.

– Selon l'art. 2433 c. civ.[3] (figurant dans la section 6 consacrée à l'inscription de l'hypothèque), les frais de l'inscription de l'hypothèque donnent lieu à dispositions supplétives de volonté. Ils sont à la charge (définitive) du débiteur, mais le créancier (« l'inscrivant ») doit les avancer, en présence d'une hypothèque contractuelle ou d'une hypothèque légale spéciale. On en déduit que le prêteur peut convenir avec le débiteur de ne pas inscrire son hypothèque légale spéciale, afin d'éviter les frais à ce dernier. Si cette solution est exacte, la caution peut renoncer explicitement au recours subrogatoire (supra n°146).

– En l'état actuel de la rédaction des textes, les créanciers munis d'une hypothèque légale générale supportent les frais de l'inscription. Pour rappel, il s'agit principalement du trésor public et de la sécurité sociale : mais on sait également que ces deux créanciers bénéficient du privilège du préalable[4] (qui leur permet de se délivrer un titre exécutoire à eux-mêmes : art. L 252 A livre proc. fisc.[5] ; art. L 244-9 c. sécu. soc.[6]), de sorte que l'inscription de leurs hypothèques légales générales sera alors à la charge du débiteur.

Le créancier hypothécaire bénéficie donc d'une première extension : les frais d'inscription de l'hypothèque sont le plus souvent à la charge du débiteur.

---

[1] Art. 2406 c. civ. : « Les frais d'inscription [des hypothèques légales spéciales] sont à la charge des débiteurs. »

[2] Section 2 : Des hypothèques légales, art. 2392 c. civ. : « Les hypothèques légales sont générales ou spéciales.
« Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur. Il peut prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés, par la suite, dans le patrimoine de son débiteur.
« Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque spéciale ne peut inscrire son droit que sur l'immeuble sur lequel elle porte. »

[3] Art. 2433 c. civ. : « S'il n'y a stipulation contraire, les frais des inscriptions, dont l'avance est faite par l'inscrivant, sont à la charge du débiteur, et les frais de la publicité de l'acte de vente, qui peut être requise par le vendeur en vue de l'inscription de son hypothèque légale, sont à la charge de l'acquéreur. »

[4] *Régime général de l'obligation*, n°811 et suiv.

[5] Art. L 252 A livre proc. fisc. : « Constituent des titres exécutoires les arrêtés, états, rôles, avis de mise en recouvrement, titres de perception ou de recettes que l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics dotés d'un comptable public délivrent pour le recouvrement des recettes de toute nature qu'ils sont habilités à recevoir. »

[6] Selon l'art. L 244-9 c. sécu. soc., la contrainte décernée par le directeur d'un organisme de sécurité sociale pour le recouvrement des cotisations et majorations de retard comporte, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, dans les délais et selon les conditions fixés par décret, tous les effets d'un jugement.

617. L'**inclusion des intérêts** dans l'obligation couverte par l'hypothèque donne lieu à une limitation curieuse, établie dans la section 6 consacrée à l'inscription des hypothèques. Selon l'article 2427 al. 1er c. civ.[1], « Le créancier hypothécaire inscrit (…) a le droit d'être colloqué, pour trois années seulement, (...) pour les intérêts ». Le principe posé à l'alinéa 1er limite les intérêts couverts par l'hypothèque à trois ans, sauf exception établie à l'alinéa 2.

Le *principe de la limitation à trois années d'intérêts couverts* fixé à l'article 2427 al. 1er c. civ. est destiné à protéger les intérêts des autres créanciers hypothécaires (et non pas à éviter un accroissement de la dette), ce que révèle la place de cet article. Selon le plan adopté par l'ordonnance de 2021, distinguant entre les dispositions générales (art. 2385 à 2391 c. civ.) et les dispositions spécifiques (ainsi figurant dans la section 6 « De l'inscription des hypothèques » : art. 2421 et suiv. c. civ.), l'article 2427 c. civ.[2] signifie que la durée des intérêts couverts est cantonnée envers les tiers, disposition sanctionnée par l'inopposabilité ;

– Envers les tiers, le capital emprunté (100€) à 5% permet au créancier d'être couvert à hauteur de 115. Si le créancier et le débiteur conviennent que le capital et les intérêts ne seront payables (par anatocisme[3]) qu'après 15 ans, la dette (d'un montant désormais de 200€) ne sera donc que partiellement couverte (à hauteur de 115€) envers les tiers.

Si le créancier veut être couvert pour les intérêts échus au cours des trois dernières années, il doit inscrire à nouveau : l'année n, il inscrit pour 115 ; l'année n+3, il inscrit 15€ d'intérêts supplémentaires (et une fraction du capital, si les intérêts sont capitalisés). Après son inscription initiale (n) et les 5 inscriptions supplémentaires (n+3, +6, +9, +12 et +15), le créancier sera couvert à hauteur de 200€, au moment où la dette globale devient exigible.

[1] Art. 2427 c. civ. : « Le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêt et arrérages, a le droit d'être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par l'inscription primitive.
« Toutefois, le créancier a le droit d'être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l'hypothèque a été consentie en garantie du prêt viager défini au I de l'article L. 315-1 du code de la consommation. »

[2] Art. 2427 c. civ. : « Le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêt et arrérages, a le droit d'être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par l'inscription primitive.
« Toutefois, le créancier a le droit d'être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l'hypothèque a été consentie en garantie du prêt viager défini au I de l'article L. 315-1 du code de la consommation. »

[3] L'anatocisme est la capitalisation des intérêts. Les intérêts échus de l'année viennent s'agréger au capital, qui produira l'année suivante de nouveaux intérêts : à 10%/an, un capital double après 7 ans.

– La limite de trois ans est donc établie dans l'intérêt des tiers (et plus précisément des créanciers qui bénéficient d'une hypothèque légale).

L'article 2427 al. 2 c. civ. établit une *exception* à la limite des trois annuités d'intérêts, en présence d'un prêt viager hypothécaire[1]. Dans cette opération, la capitalisation des intérêts est opposable aux tiers, sans nécessiter d'inscriptions supplémentaires tous les trois ans. En présence d'un prêt viager hypothécaire, les tiers savent que la valeur de l'immeuble est potentiellement entièrement absorbée par un seul créancier hypothécaire, puisque la dette hypothécaire n'a pas vocation a être remboursée, donc à décroître.

Le principe de la *limitation à trois ans* de la couverture des intérêts par l'hypothèque est donc destiné à limiter l'impact de l'hypothèque envers les tiers (et spécialement envers les autres créanciers). Cela signifie que le créancier hypothécaire peut laisser filer les intérêts, et en convenir avec le débiteur. La technique de la capitalisation des intérêts est valide, mais son efficacité limitée par l'inopposabilité.

> **618.** L'article 2427 a pour fonction de protéger les intérêts des autres créanciers, en évitant que toute la valeur de l'immeuble ne soit absorbée que par un seul créancier. Le texte n'établit pas un principe substantiel, qui aurait été sanctionné par la nullité.
>
> La logique de l'inscription, qui consiste spécifiquement à rendre l'hypothèque opposable aux tiers, explique à la fois la place de l'article 2427 c. civ. (dans la section 6) et la nécessité de procéder à des inscriptions supplémentaires. Ces inscriptions supplémentaires démontrent bien qu'une hypothèque (contractuelle ou autre) peut couvrir un créancier pour tous les intérêts, sans limitation de durée. La sanction de l'article 2427 c. civ., est *l'inopposabilité*.
>
> Si l'article 2427 al. 1er c. civ. avait eu pour fonction d'interdire à tout créancier d'être couvert pour une durée supérieure à trois ans d'intérêts, la nullité (partielle) aurait frappé la clause du contrat d'hypothèque prévoyant une capitalisation des intérêts. Or, cette opération est non seulement valide (supra), mais également exceptionnellement opposable aux tiers.

Conclusion 1/ L'obligation garantie par l'hypothèque

619. L'**obligation garantie par l'hypothèque** permet à différentes catégories de créanciers d'obtenir une hypothèque pour garantir le capital et les intérêts, sachant que les frais de l'inscription pèseront (à titre définitif, mais avec l'avance des frais par le créancier) sur le débiteur.

Parmi les créanciers ayant accès à l'hypothèque, on note la présence :

[1] *Régime général de l'obligation*, n°885 et suiv. Le prêt viager hypothécaire est une opération par laquelle le prêt ne sera remboursé qu'au décès de l'emprunteur (ou lors d'une vente) : à cette date, le capital et les intérêts seront liquidés.

– du banquier, en tant que créancier contractuel économiquement prévoyant (hypothèque contractuelle) et économiquement utile (hypothèque légale spéciale du prêteur) ;

– du trésor public et de la sécurité sociale, qui doivent inscrire leur hypothèque légale générale ;

– du syndicat de copropriété, dispensé d'inscrire son hypothèque légale spéciale ;

– de créanciers divers, unis par un lien de famille (époux, héritiers, mineurs) ou ayant obtenu une décision de justice (hypothèque judiciaire ; hypothèque légale générale), notamment.

La créance garantie par l'hypothèque (contractuelle, légale ou judiciaire) sera d'un montant chiffré, mais il faut y ajouter trois années d'intérêts. L'objectif du législateur est de permettre aux différentes catégories de créanciers d'avoir effectivement accès à l'hypothèque, et de pouvoir inscrire utilement (en rang utile) : mais c'est devenu moins vrai, car le créancier hypothécaire contractuel peut bénéficier d'une clause de rechargement et il peut opposer la capitalisation des intérêts pour toute la durée de l'hypothèque dans le prêt viager hypothécaire. Il pourra donc arriver qu'un seul créancier puisse absorber toute la valeur de l'immeuble figurant dans son assiette.

2/ L'assiette de l'hypothèque : *un immeuble affecté au paiement d'une obligation*

620. L'**assiette de l'hypothèque** porte exclusivement sur un immeuble, précisément désigné et entièrement affecté au paiement de l'obligation garantie. L'assiette de cette sûreté réelle immobilière impose donc la réunion de trois conditions.

Premièrement, le constituant de l'hypothèque (souvent, le débiteur) doit être titulaire d'un droit réel immobilier (a), exercé sur un immeuble précisément localisé (principe de spécialité) (b) et entièrement affecté au paiement d'une fraction quelconque de l'obligation garantie (principe d'indivisibilité) (c).

a/ Les droits réels exercés sur l'immeuble hypothéqué : *un immeuble saisissable appartenant au débiteur.*

621. Les **droits réels exercés sur l'immeuble hypothéqué** supposent que l'immeuble figure dans le patrimoine du constituant. L'immeuble hypothéqué n'y figurera que si le

constituant de l'hypothèque exerce un droit réel immobilier (en tant que propriétaire) et si l'immeuble en question peut être saisi par le créancier hypothécaire.

L'hypothèque porte sur un droit réel immobilier dont le constituant est *propriétaire*. Selon l'article 2388 c. civ.[1], ce « droit réel immobilier dans le commerce » sera une propriété plénière ou démembrée (nue-propriété, usufruit ou droit d'habitation), ainsi que ses accessoires (art. 2389 c. civ.[2]). Cette propriété immobilière peut être soumise à condition, qui s'appliquera alors également à l'hypothèque.

- Conformément au droit commun, l'obtention d'une propriété peut être soumise à une condition. Selon l'article 2411 c. civ.[3] (texte qui n'est pas spécifique à l'hypothèque contractuelle), l'hypothèque suit le régime de cette condition. Si la condition est suspensive (immeuble acquis à la condition d'obtenir un prêt), l'accomplissement de la condition rend parfaite l'hypothèque ; si la condition est résolutoire (immeuble acquis, sauf si un aéroport se construit dans les environs), son accomplissement détruit l'hypothèque (puisque la résolution entraîne la restitution de la propriété au vendeur[4]).
- En présence d'une indivision, l'hypothèque est nulle si un coïndivisaire consent seul une hypothèque sur l'immeuble (indivis). L'hypothèque doit porter sur un immeuble (droit réel), et non sur une quote-part dans une indivision (droit personnel). Mais, après partage, si l'immeuble est attribué en nature à l'indivisaire, l'hypothèque devient valide (art. 2412 al.1er c. civ.[5]). En revanche, si, après partage, l'immeuble est attribué à un tiers, l'hypothèque ne pourra jamais être validée : cela étant dit, le créancier du coïndivisaire qui a consenti l'hypothèque disposera d'une action directe-sûreté (art. 2412 al. 2 c. civ.[6]) : la

[1] Art. 2388 c. civ. : « Sont susceptibles d'hypothèques tous les droits réels immobiliers qui sont dans le commerce. »
[2] Art. 2389 c. civ. : « L'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble hypothéqué, ainsi qu'aux accessoires réputés immeubles. »
[3] Art. 2411 c. civ. : « Celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit conditionnel ne peut consentir qu'une hypothèque soumise à la même condition. »
[4] Civ. 3e, 7 janvier 2016, n°14-18.360, Publié au bulletin : « Une cour d'appel retient à bon droit que, par l'effet rétroactif de la résolution de la vente d'un immeuble, les droits constitués sur celui-ci se trouvent anéantis et en déduit exactement que, le vendeur n'ayant pas la qualité de tiers détenteur, le créancier, qui avait fait inscrire une hypothèque judiciaire du chef de l'acquéreur, ne peut pas exercer un droit de suite à son encontre. »
[5] Art. 2412 al. 1er c. civ. : « L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation. »
[6] Art. 2412 al.2 c. civ. : « L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation. »

somme d'argent représentant la quote-part du coïndivisaire serait attribuée au créancier (si le texte, obscur, possède ce sens).

L'immeuble hypothéqué doit pouvoir être *saisi* par le créancier hypothécaire. Lorsque le constituant est un tiers (dirigeant de société), le régime du cautionnement réel s'applique : le cautionnement hypothécaire suit le régime du cautionnement. Lorsque le constituant est le débiteur (emprunteur), le créancier ne pourra obtenir une hypothèque (contractuelle ou légale) que si l'immeuble figure dans le droit de gage général du créancier (prêteur). En conséquence :

- Lorsqu'un époux emprunte avec l'accord de son conjoint (pour acquérir un immeuble, notamment), le créancier peut saisir l'ensemble des biens communs, y compris donc l'immeuble acquis. Le créancier (prêteur) pourra bénéficier de son hypothèque légale spéciale ;
- Lorsqu'un époux emprunte seul, le créancier ne peut saisir que les propres et les revenus de son débiteur (art. 1415 c. civ.[1]), donc à l'exclusion de l'immeuble acquis. Le créancier (prêteur) ne pourra donc pas bénéficier de l'hypothèque légale spéciale (art. 2402 2° c. civ.[2]), puisque l'immeuble appartient à une masse de biens à laquelle le créancier n'a pas accès (Civ. 1ère, 5 mai 2021[3]).
- Lorsqu'un banquier prête à un partenaire pacsé (qui emprunte seul) pour acquérir la quote-part d'un bien, ce bien (indivis) figure entièrement dans le droit de gage général du créancier, en cas d'impayé (du partenaire défaillant) (Civ. 1ère, 9 janvier 2019[4]). La solution résulte l'application du droit de l'indivision : le prêteur est créancier de l'indivision (art. 815-17 al. 1er c. civ.[5]), et non pas créancier personnel d'un indivisaire. Les autres biens indivis (non financés par le

[1] Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

[2] Art. 2402 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale spéciale est attachée sont les suivantes :

1° La créance du prix de vente d'un immeuble est garantie sur celui-ci ;

2° La créance de celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble est garantie sur celui-ci pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi, et par la quittance du vendeur que ce paiement a été fait des deniers empruntés ; (...) ».

[3] Civ. 1ère, 5 mai 2021, n°19-15.072, Bull. : « si l'acte de prêt souscrit par un seul époux sous le régime de la communauté n'est pas inefficace, la mise en œuvre du privilège [devenu hypothèque légale] de prêteur de deniers est subordonnée au consentement de son conjoint à l'emprunt ».

[4] Civ. 1ère, 9 janvier 2019, n°17-27.411, Bull. ; D. 2019 p.70 : « Même dans l'hypothèse où un prêt est souscrit par l'un seulement des acquéreurs d'un bien immobilier, pour financer sa part, l'assiette du privilège [devenu hypothèque légale en 2021] de prêteur de deniers est constituée par la totalité de l'immeuble et le prêteur, titulaire d'une sûreté légale née antérieurement à l'indivision, peut se prévaloir des dispositions de l'article 815-17, alinéa 1er, du code civil. »

[5] Art. 815-17 al. 1er c. civ. : « Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. »

créancier impayé) ne sont saisissables qu'à hauteur de la quote-part dont le débiteur est propriétaire[1].

b/ Le principe de spécialité : *la désignation précise de l'immeuble*

622. Le **principe de spécialité** impose de désigner précisément l'immeuble, en le localisant par son adresse et ses références au cadastre. Selon l'article 2414 al. 2 c. civ.[2] (texte figurant dans les hypothèques contractuelles, mais qui doit être généralisé à toutes les hypothèques), « A peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2421. » Selon l'article 2421 al. 3 c. civ.[3], texte régissant l'inscription de toutes les hypothèques, « En toute hypothèse, les immeubles sur lesquels l'inscription est requise doivent être individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés, à l'exclusion de toute désignation générale, même limitée à une circonscription territoriale donnée. » L'adresse exacte de chaque immeuble hypothéqué est donc exigée.

Cette règle s'applique même lorsque l'hypothèque (uniquement contractuelle) porte sur un immeuble futur (supra n°614). L'immeuble que le constituant n'a pas encore acquis doit être localisé précisément : pour satisfaire cette exigence, il faudra être en présence d'un immeuble en cours d'acquisition ou faisant l'objet d'un pacte de préférence. En revanche, un immeuble encore indéterminé n'est pas susceptible d'hypothèque (contractuelle).

Le principe de spécialité interdit donc l'hypothèque de biens immobiliers futurs encore indéterminés, solution logique puisque l'hypothèque ne pourra être connue des tiers que par l'inscription au fichier immobilier. Or, ce fichier immobilier repose sur l'identification de l'assiette, et non sur celle de l'identité du débiteur ou du créancier.

[1] *Régime général de l'obligation*, n°876.

[2] Art. 2414 c. civ. : « L'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs.
« A peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2421. »

[3] Art. 2421 c. civ. : « Sont inscrites au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles, sous réserve de l'exception prévue au deuxième alinéa de l'article 2418.
« L'inscription qui n'est jamais faite d'office par ce service, ne peut avoir lieu que pour une somme et sur des immeubles déterminés, dans les conditions fixées par l'article 2423.
« En toute hypothèse, les immeubles sur lesquels l'inscription est requise doivent être individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés, à l'exclusion de toute désignation générale, même limitée à une circonscription territoriale donnée. »

c/ Le caractère indivisible de l'hypothèque : *chaque immeuble affecté intégralement au paiement de la dette*

623. Le **caractère indivisible de l'hypothèque** signifie que l'immeuble est entièrement affecté au paiement de substitution de toute la dette. L'article 2391 c. civ.[1], qui affirme le principe de l'indivisibilité, en tire deux applications :

Selon l'aliéna 1er, « *L'hypothèque est indivisible, nonobstant la division de la dette* ». En présence d'une obligation solidaire (envers le créancier ou envers le débiteur), l'immeuble hypothéqué reste entièrement affecté au paiement de cette obligation solidaire. En conséquence :

- Si le créancier peut réclamer paiement à deux codébiteurs solidaires (solidarité passive), dont l'un est engagé à titre hypothécaire, l'immeuble dont il est propriétaire est entièrement affecté au paiement de toute l'obligation. « Le codébiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué est, sur cet immeuble, tenu pour le tout ». L'immeuble est entièrement affecté au paiement de substitution de toute la dette, sans égard à (nonobstant) la division de la dette ;
- Si le débiteur commun peut se voir réclamer paiement par l'un de ses créanciers solidaires (solidarité active), l'action en paiement exercée par l'un des créanciers est garantie par l'hypothèque, puisque l'hypothèque est une obligation réelle (attachée à l'obligation). Si l'un des créanciers réclame paiement uniquement de sa part, il pourra exercer ses prérogatives sur l'immeuble : « chacun des créanciers a l'entier immeuble pour sûreté de sa part dans la créance. »

La seconde application de l'indivisibilité de l'hypothèque concerne l'*affectation de l'immeuble*. Selon l'article 2391 al. 2 c. civ.[2], chaque partie de l'immeuble est affectée entièrement au paiement de la dette :

- Si le créancier bénéficie d'une hypothèque sur deux immeubles (ou un immeuble qui a fait l'objet d'une division, dans le cadre d'un lotissement, par exemple), le créancier confronté à une défaillance du débiteur pourra exercer ses

[1] Art. 2391 c. civ. : « L'hypothèque est indivisible, nonobstant la division de la dette : le codébiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué est, sur cet immeuble, tenu pour le tout ; chacun des créanciers a l'entier immeuble pour sûreté de sa part dans la créance.
« L'hypothèque est encore indivisible, nonobstant la division de l'immeuble ou la pluralité d'immeubles : chaque partie de l'immeuble divisé, chacun des immeubles est affecté à la sûreté de la totalité de la dette. »

[2] Art. 2391 c. civ. : « L'hypothèque est indivisible, nonobstant la division de la dette : le codébiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué est, sur cet immeuble, tenu pour le tout ; chacun des créanciers a l'entier immeuble pour sûreté de sa part dans la créance.
« L'hypothèque est encore indivisible, nonobstant la division de l'immeuble ou la pluralité d'immeubles : chaque partie de l'immeuble divisé, chacun des immeubles est affecté à la sûreté de la totalité de la dette. »

prérogatives sur l'immeuble de son choix. Dans la gestion de sa sûreté, le créancier n'a pas à tenir compte de l'intérêt du débiteur ou des tiers (et notamment d'autres créanciers impayés). Mais il existe une exception : le tiers-acquéreur d'un immeuble hypothéqué peut imposer au créancier hypothécaire qui exerce son droit de suite de discuter préalablement l'immeuble dont le débiteur est resté propriétaire (art. 2455 c. civ.[1])[2].

– En principe, aucun principe de proportionnalité ne s'applique. Le débiteur ne peut pas obtenir une réduction (autre que mutuellement convenue) de l'hypothèque, limitée à un immeuble en rapport avec la dette. Il n'existe qu'une exception, en présence d'une hypothèque légale générale : une inscription hypothécaire excessive (immeuble valant 2,3 fois plus que la créance garantie) pourra être radiée (art. 2439 c. civ.[3]).

(624. : réservé)

3/ La publicité de l'hypothèque : *l'inscription de l'hypothèque*

625. La **publicité de l'hypothèque** résulte de son inscription sur registre tenu au service chargé de la publicité foncière (fichier immobilier) (art. 2421 c. civ.[4]). Cette inscription est le mécanisme central qui rend l'hypothèque opposable aux tiers.

– Tant qu'un créancier hypothécaire ne fait pas publier son hypothèque (légale ou contractuelle), les tiers n'en tiendront aucun compte, même s'ils savent qu'une hypothèque a été conclue (hypothèque contractuelle) ou que le créancier

[1] Art. 2455 c. civ. : « Le tiers acquéreur qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'immeuble s'il demeure d'autres immeubles, hypothéqués à la même dette, en la possession du débiteur principal, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au chapitre Ier du titre Ier du livre IV du présent code.
« Pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'immeuble hypothéqué.
« Ce tiers acquéreur peut encore, comme le pourrait une caution, opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. »

[2] Cette exception a été admise dans le cadre de l'abus de droit : Civ. 3e, 15 février 1972, n°70-13094 ; Bull. n°98 ; D. 1972, p. 463, note E. F.

[3] Art. 2439 c. civ. : « Lorsque les inscriptions prises en vertu des articles d'une hypothèque légale générale sont excessives, le débiteur peut demander leur réduction en se conformant aux règles de compétence établies dans l'article 2437.
« Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant. »

[4] Art. 2421 c. civ. : « Sont inscrites au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles, sous réserve de l'exception prévue au deuxième alinéa de l'article 2418.
« L'inscription qui n'est jamais faite d'office par ce service, ne peut avoir lieu que pour une somme et sur des immeubles déterminés, dans les conditions fixées par l'article 2423.
« En toute hypothèse, les immeubles sur lesquels l'inscription est requise doivent être individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés, à l'exclusion de toute désignation générale, même limitée à une circonscription territoriale donnée. »

bénéficie d'une hypothèque légale. Conformément au droit commun des obligations, l'hypothèque est inopposable[1].

– À l'inverse, correctement publiée, l'hypothèque devient opposable aux tiers. Ils devront se tenir informés de son existence, et ils sauront à quelle valeur éventuellement acquérir l'immeuble (déduction faite du passif hypothécaire[2]) ou s'ils veulent devenir aux-mêmes créanciers hypothécaires, en prenant rang utile, puisque l'inscription gouverne (en principe) le classement entre différents créanciers hypothécaires.

L'obligation de publier l'hypothèque existe pour *toutes les hypothèques, légales ou contractuelle*, à une exception près : l'hypothèque légale spéciale du syndicat de copropriété est dispensée d'inscription (art. 2418 al. 2 c. civ.[3]). On sait également (supra n°521) que le privilège immobilier général des frais de justice et des salariés est dispensé d'inscription (art. 2376 al. 3 c. civ.[4]) et que son rang prime les créanciers hypothécaires (art. 2377 c. civ.[5], supra n°566). L'inscription est donc le pivot de l'efficacité de l'hypothèque. Elle permet aux tiers (créanciers éventuels) d'estimer leur chance effective de paiement sur l'immeuble, déduction faite des frais de justice et des créances salariales, des charges de copropriété et également sous réserve du montant effectif des créances futures rechargées (art. 2420 c. civ.[6]).

---

[1] Civ. 3e, 17 juillet 1986, n°85-11627 ; Bull. n°118, p. 93 ; JCP 1987.II.20737, note Dagot : « La circonstance que [l'acquéreur] ait eu une connaissance personnelle des prêts consentis au vendeur par son créancier et des sûretés les ayant garantis ne pouvait suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n°408.

[2] L'acquéreur (cessionnaire) s'engage alors dans une cession de dette (art. 1327 c. civ.) : il continuera de rembourser l'emprunt, à la place de l'emprunteur originaire (cédant), au créancier (cédé). Voir : *Régime général de l'obligation*, n°370 et suiv.

[3] Art. 2418 c. civ. : « Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi.
« Par exception, l'hypothèque prévue au 3° de l'article 2402 est dispensée d'inscription. Elle prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les années antérieures. (...) »

[4] Art. 2376 c. civ. : « Les privilèges immobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux.
« Ils sont dispensés de la formalité de l'inscription.
« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.
« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers mais ne confèrent pas de droit de suite.
« Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

[5] Art. 2377 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des immeubles sont :
1° Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ;
2° Les rémunérations et indemnités suivantes :
– les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ; (...) ».

[6] Art. 2420 c. civ. : « Les créanciers titulaires d'une même hypothèque rechargeable bénéficient du rang de l'inscription de la convention constitutive de la sûreté.
« Toutefois, dans leurs relations réciproques, la date de publication des conventions de rechargement détermine leur rang. Il en va de même à l'égard des créanciers titulaires d'une hypothèque légale ou judiciaire. »

En droit français, il n'existe *pas de délai impératif pour publier* l'hypothèque[1]. L'inscription (soumise au respect d'une réglementation précise qui impose, en pratique, le recours à un notaire : art. 2423 c. civ.[2]) peut s'effectuer à tout moment. Toutefois, chaque créancier hypothécaire est incité à publier rapidement, pour deux raisons :

- d'une part, l'inscription est attributive de rang (art. 2418 al. 1er c. civ.[3]). L'inscription antérieure prime celle postérieure (infra, les effets de l'hypothèque) ;
- d'autre part, certains événements affectant le débiteur paralysent l'inscription.

Le créancier hypothécaire qui veut disposer de prérogatives efficaces cherchera donc à les rendre opposables aux tiers : il évitera la paralysie de l'inscription (a), et il veillera à l'expiration des délais, car l'inscription ne peut être prise que pour une durée déterminée (b).

a/ La paralysie de l'inscription de l'hypothèque

626. La **paralysie de l'inscription de l'hypothèque** a lieu lorsque l'immeuble n'est plus sous la maîtrise de son propriétaire. Trois événements[4] sont visés (art. 2422 c. civ.[5]) :

Le premier cas résulte de *la publication de l'aliénation de l'immeuble* (art. 2422 al. 1er c. civ.) : en cas de conflit entre le créancier hypothécaire (du vendeur) et l'acquéreur, le premier qui a publié l'emporte[6]. L'inscription tardive du créancier hypothécaire,

[1] Civ. 3e, 10 juillet 2002, n°00-22.433 ; D. 2002, p.3338, obs. L. Aynès

[2] Art. 2423 al. 1er c. civ. : « L'inscription des hypothèques est opérée par le service chargé de la publicité foncière sur le dépôt de deux bordereaux datés, signés et certifiés conformes entre eux par le signataire du certificat d'identité prévu aux articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955 ; un décret en Conseil d'État détermine les conditions de forme auxquelles le bordereau destiné à être conservé par ce service doit satisfaire. Au cas où l'inscrivant ne se serait pas servi d'une formule réglementaire, le service chargé de la publicité foncière accepterait cependant le dépôt, sous réserve des dispositions de l'avant-dernier alinéa du présent article. (...) ».

[3] Art. 2418 al. 1er c. civ. : « Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. (...) ».

[4] Le quatrième cas de suspension vise celui l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire (al. 2) : l'hypothèque, constituée du vivant du débiteur, est inscrite après sa mort, ne sera pas inscrite, car le patrimoine du défunt sera gelé à la date de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme en présence d'une faillite.

[5] Art. 2422 c. civ. : « Les créanciers hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, à partir de la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers.
« L'inscription ne produit aucun effet entre les créanciers d'une succession si elle n'a été faite par l'un d'eux que depuis le décès, dans le cas où la succession n'est acceptée qu'à concurrence de l'actif net ou est déclarée vacante.
« En cas de saisie immobilière ou de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas de procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, l'inscription des hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du livre III du code des procédures civiles d'exécution, du livre VII du code de la consommation et des titres II, III ou IV du livre VI du code de commerce. (...) ».

[6] Civ. 2e, 7 avril 2016, n°15-12.307, Bull. : (abstrat) « En application de l'article 2427, alinéa 1, du code civil, les créanciers privilégiés ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire à partir de la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers ».

inopposable à l'acquéreur comme à tous les autres tiers, signifie que le créancier hypothécaire a perdu l'assiette de sa sûreté. Le service chargé de la publicité foncière[1] refuse d'inscrire l'hypothèque consentie sur l'immeuble appartenant désormais à un non-propriétaire.

Le deuxième cas résulte de la *publication d'un commandement valant saisie* (art. 2422 al. 3 c. civ.). Un créancier (chirographaire ou hypothécaire) saisissant fait publier un commandement[2] : le débiteur perd la disposition de son immeuble, qu'il ne peut ni vendre, ni hypothéquer. Le commandement valant saisie bloque toute inscription, comme une aliénation[3].

Enfin, le troisième cas de paralysie est celui de *l'ouverture de la faillite* (procédure collective à l'égard du débiteur professionnel[4] ou surendettement à l'égard d'un particulier : art. 2422 al. 3 c. civ.). À cette date, l'ensemble des créanciers est soumis à la logique collective et donc au gel des paiements (volontaires comme forcés).

Ces trois cas de suspension s'expliquent par la même idée : l'immeuble (vendu, saisi, soumis au régime de faillite) n'est plus aliénable par le débiteur. Le créancier hypothécaire négligent a trop attendu en réalité : le débiteur est défaillant.

627. Les effets de l'inscription permettent au créancier hypothécaire d'obtenir un droit opposable aux tiers, erga omnes. Légalement informés de la présence de l'hypothèque, les tiers, et plus spécialement d'autres créanciers potentiels, pourront chercher à prévoir le moment à partir duquel la valeur de l'immeuble redeviendra disponible (par exemple, pour envisager d'inscrire en second rang, lorsque la première dette est sur le point d'être remboursée[5]). C'est précisément à cette question que répond la durée de l'inscription de l'hypothèque.

---

[1] L'ordonnance n°2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques a supprimé le bureau de la conservation des hypothèques pour le remplacer par le « service chargé de la publicité foncière », qui réalise les inscription au fichier immobilier.

[2] Art. L 321-2 c. proc. civ. d'ex. : « L'acte de saisie rend l'immeuble indisponible et restreint les droits de jouissance et d'administration du saisi. Celui-ci ne peut ni aliéner le bien ni le grever de droits réels sous réserve des dispositions de l'article L. 322-1. A moins que le bien soit loué, le saisi en est constitué séquestre sauf à ce que les circonstances justifient la désignation d'un tiers ou l'expulsion du débiteur pour cause grave. »

[3] Art. 2198 c. civ. (ord. n°2006-461 du 21 avril 2006) : « La saisie rend l'immeuble indisponible (…). / Le bien ne peut être aliéné ni grevé de droit réels par le débiteur sous réserve des dispositions de l'article 2201. »

[4] Dès l'ouverture de la sauvegarde, art. L. 622-30 c. com. : « Les hypothèques, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. »

[5] En présence d'une première inscription, absorbant la valeur de l'immeuble, un autre créancier potentiel peut prendre une seconde inscription, lorsque la dette est sur le point d'être payée ; ou bien, prendre une seconde inscription, lorsque la valeur de l'immeuble permet d'éponger la première dette.

b/ La durée de l'inscription de l'hypothèque : *une durée impérativement déterminée*

628. La **durée de l'inscription de l'hypothèque** sera toujours déterminée. Aucune hypothèque ne peut être inscrite à durée indéterminée, même si l'hypothèque couvre une dette à durée indéterminée (solde d'un compte bancaire). La durée de l'inscription encadre, envers les tiers, les prérogatives du créancier : l'hypothèque est prise pour une durée prévisible, mais qui peut être prorogée (là encore à durée déterminée).

L'inscription de l'hypothèque aura une *durée déterminée* différente selon la date à laquelle la dette garantie doit être payée. L'article 2429 c. civ.[1] effectue une distinction.

– En présence d'une dette présente et *déjà exigible*, l'inscription ne dure que dix ans (il est probable qu'après cette date, le débiteur aura exécuté) : « Si l'échéance ou la dernière échéance est antérieure ou concomitante à l'inscription, la durée de l'inscription est au plus de dix années au jour de la formalité » (art. 2429 al. 4 c. civ.).

– En présence d'une dette *à rembourser* à l'avenir, l'inscription dure jusqu'à la dernière date augmentée d'un an (art. 2429 al. 2 c. civ.[2]), dans une limite légale maximum de cinquante ans[3]. En présence d'une hypothèque rechargeable (dette future), la durée maximale est également de cinquante ans (art. 2429 al. 3 c. civ.[4]).

À l'expiration de ces périodes, le débiteur aura vraisemblablement ou véritablement remboursé sa dette : une réglementation complexe, mais logique, aura pour fonction de renseigner les tiers.

---

[1] Art. 2429 c. civ. : « L'inscription conserve l'hypothèque jusqu'à la date que fixe le créancier en se conformant aux dispositions qui suivent.
« Si le principal de l'obligation garantie doit être acquitté à une ou plusieurs dates déterminées, la date extrême d'effet de l'inscription prise avant l'échéance ou la dernière échéance prévue est, au plus, postérieure de un an à cette échéance, sans toutefois que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années.
« Si l'échéance ou la dernière échéance est indéterminée, notamment dans le cas prévu à l'article L. 315-1 du code de la consommation, ou si l'hypothèque est assortie d'une clause de rechargement prévue à l'article 2416, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années au jour de la formalité.
« Si l'échéance ou la dernière échéance est antérieure ou concomitante à l'inscription, la durée de l'inscription est au plus de dix années au jour de la formalité.
« Lorsque la sûreté garantit plusieurs créances et que celles-ci sont telles que plusieurs des trois alinéas précédents sont applicables, le créancier peut requérir soit, pour chacune d'elles, des inscriptions distinctes, soit une inscription unique pour l'ensemble jusqu'à la date la plus éloignée. Il en est de même lorsque le premier de ces trois alinéas étant seul applicable, les différentes créances ne comportent pas les mêmes échéances ou dernières échéances. »

[2] Art. 2429 al. 2 c. civ. : « Si le principal de l'obligation garantie doit être acquitté à une ou plusieurs dates déterminées, la date extrême d'effet de l'inscription prise avant l'échéance ou la dernière échéance prévue est, au plus, postérieure de un an à cette échéance, sans toutefois que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années. »

[3] Antérieurement à la réforme de 2006, l'hypothèque ne pouvant pas excéder 33 ans (30 ans de dette, et 3 ans d'intérêts).

[4] Art. 2429 al.3 c. civ. : « Si l'échéance ou la dernière échéance est indéterminée, notamment dans le cas prévu à l'article L. 315-1 du code de la consommation, ou si l'hypothèque est assortie d'une clause de rechargement prévue à l'article 2416, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années au jour de la formalité. »

629. Lorsque la dette est remboursée ou sur le point de l'être, **trois situations** peuvent se produire. Soit le débiteur a (vraisemblablement) remboursé au terme convenu, et l'inscription sera périmée ; soit le débiteur a payé, implicitement avant terme, et l'inscription sera radiée ; soit le débiteur n'a pas intégralement payé, et le créancier doit renouveler l'inscription. Ces trois techniques sont destinées à renseigner les tiers.

La *péremption de l'inscription* (au fichier immobilier) correspond à l'hypothèse la plus fréquente : le débiteur a vraisemblablement payé sa dette. La période de remboursement est écoulée : le service chargé de la publicité foncière ne pourra plus faire mention de l'hypothèque dans les états qu'il délivrera (art. 2431 c. civ.[1]). L'hypothèque est morte, sans formalité à accomplir, ni frais à payer.

La *radiation de l'inscription* (art. 2435 et suiv. c. civ.[2]) s'effectue lorsque le débiteur a véritablement remboursé sa dette[3], implicitement avant terme. En pratique, le débiteur veut aliéner son immeuble, et faire disparaître l'hypothèque (en obtenant mainlevée, acte soumis à frais) : les tiers (soit un autre créancier, soit un tiers-acquéreur) savent que, désormais, l'immeuble est libre d'hypothèque.

Par le *renouvellement* de l'inscription (art. 2430 c. civ.[4]), le créancier indique que la dette qui aurait due être payée ne l'est toujours pas. Ce sera le cas, notamment lorsque le créancier hypothécaire a accordé un délai de paiement (de plus d'un an) ou parce que le débiteur est désormais en faillite. Ce renouvellement demeure possible, malgré la survenance d'un événement arrêtant le cours des inscriptions (le plus souvent en présence d'une faillite du débiteur) : *le renouvellement d'inscription n'est pas une nouvelle inscription*.

Lorsque la péremption survient, alors que la dette n'a pas été intégralement remboursée, le créancier hypothécaire négligent devra prendre une nouvelle inscription, laquelle

[1] Art. 2431 c. civ. : « Si l'un des délais prévus aux articles 2428 et 2429 n'a pas été respecté, l'inscription n'a pas d'effet au-delà de la date d'expiration de ce délai. »

[2] Art. 2435 c. civ. : « Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. (...). »

[3] Civ. 3e, 9 juin 2010, n°09-14.303 : « Même donnée pour un décompte de créance d'un montant erroné, la mainlevée de l'inscription de l'hypothèque vaut renonciation à cette inscription. »

[4] Art. 2430 c. civ. : « L'inscription cesse de produire effet si elle n'a pas été renouvelée au plus tard à la date visée au premier alinéa de l'article 2429.

« Chaque renouvellement est requis jusqu'à une date déterminée. Cette date est fixée comme il est dit à l'article 2429 en distinguant suivant que l'échéance ou la dernière échéance, même si elle résulte d'une prorogation de délai, est ou non déterminée et qu'elle est ou non postérieure au jour du renouvellement.

« Le renouvellement est obligatoire, dans le cas où l'inscription a produit son effet légal, notamment en cas de réalisation du gage, jusqu'au paiement ou à la consignation du prix. »

prendra rang au jour de la nouvelle inscription[1] (si l'inscription n'est pas paralysée : art. 2422 c. civ.).

La durée de l'inscription de l'hypothèque informe donc les tiers sur l'état du passif hypothécaire (probable, en cours de remboursement). Lorsque la durée expire (avant terme : radiation ; au terme : péremption ; après le terme initial : renouvellement), les autres créanciers peuvent envisager de prendre rang utilement.

630. L'**inscription** est la technique par laquelle un créancier hypothécaire rend opposable aux autres (créanciers) son passif hypothécaire. L'inscription contient des informations, dans l'ensemble exactes, mais sous deux réserves : il existe sur l'immeuble un passif hypothécaire occulte ; le montant chiffré de l'obligation correspond uniquement au passif hypothécaire opposable.

Dans l'ensemble, tous les créanciers hypothécaires (et plus généralement, tous les créanciers bénéficiant d'une sûreté immobilière) doivent inscrire pour que leur sûreté immobilière soit opposable. Il n'existe que deux exceptions à l'obligation d'inscrire :

- Les créanciers munis d'un privilège immobilier général (frais de justice, salariés) sont exclus de la formalité de l'inscription : leur privilège immobilier général est occulte, mais il fonctionne sur les immeubles à titre subsidiaire.
- Le syndicat de copropriété, pour les charges de l'immeuble, n'est pas tenu d'inscrire son hypothèque légale spéciale (pour les charges de moins de quatre ans).

Le montant du *passif hypothécaire opposable* signifie que chaque créancier hypothécaire disposera d'une garantie à hauteur d'un montant limité, afin que d'autres catégories de créanciers aient accès à l'hypothèque :

- un créancier doit inscrire pour une durée déterminée : mais la durée peut être longue (50 ans, avec l'hypothèque contractuelle rechargeable), sauf à faire l'objet d'une résiliation par le débiteur (depuis 2021) ;
- un créancier ne peut être garanti que pour trois années d'intérêts : la capitalisation des intérêts est inopposable aux autres créanciers (sauf l'exception prévue dans le prêt viager hypothécaire).

[1] La péremption de l'inscription n'affecte en rien le contrat d'hypothèque conclu entre le débiteur et son créancier : le contrat d'hypothèque reste valable, tant que la dette n'est pas remboursée. Voir : Civ. 3e, 25 avril 2007, n°06-11524

L'inscription, avec les limites propres qu'elle contient (chiffrage, durée, intérêts), est donc une technique orientée : l'objectif du législateur est de permettre à différentes catégories de créanciers d'obtenir une garantie effective.

II/ Les effets de l'hypothèque

631. Les **effets de l'hypothèque** ont pour objet de conférer au créancier des prérogatives qu'il exercera lorsque son droit à la valeur de l'immeuble est menacé, pendant le remboursement de la dette, ou lorsque le débiteur est défaillant dans l'exécution de son obligation.

Pendant le remboursement de sa dette (1), le débiteur reste propriétaire et possesseur de son immeuble : le créancier dispose de prérogatives destinées à éviter une altération de la valeur de l'immeuble hypothéqué. En cas de défaillance du débiteur (2), le créancier hypothécaire exercera l'une de deux prérogatives que lui octroie l'hypothèque.

1/ Les effets de l'hypothèque pendant le remboursement de la dette

632. Les **effets de l'hypothèque pendant le remboursement** de la dette ont pour but de préserver le droit (encore potentiel) à la valeur de l'immeuble dont dispose le créancier hypothécaire, alors même que le débiteur demeure possesseur et propriétaire de son immeuble.

Premièrement, le *pouvoir de gestion du débiteur* sera légèrement encadré afin d'éviter une surexploitation de son bien par le débiteur (cherchant à rembourser la dette) de nature à altérer la valeur de l'immeuble.

Deuxièmement, le débiteur peut aussi *vendre* l'immeuble hypothéqué. Les intérêts du créancier hypothécaire devront, là encore, être préservés : un remboursement anticipé de la dette hypothécaire est prévu.

Le débiteur, propriétaire, doit donc agir dans le respect des droits de son créancier hypothécaire, aussi bien dans la gestion (a) que lors de l'aliénation de son immeuble (b).

a/ La gestion de l'immeuble : *les prérogatives conservatoires du créancier hypothécaire*

633. La **gestion de son immeuble** par le débiteur n'est pas affectée par la présence de l'hypothèque, dès lors que le débiteur gère son immeuble normalement, en l'entretenant

correctement et sans le surexploiter. Les prérogatives du créancier hypothécaire sont conservatoires : il ne les exercera que si la valeur de l'immeuble est menacée.

L'usus, à savoir les actes d'administration courante, sera correctement exercé par le débiteur quand il entretient son immeuble et qu'il ne consent pas des baux de longue durée.

– La conclusion d'un *bail de longue durée* fait subir une décote à l'immeuble. Le débiteur d'un immeuble hypothéqué ne doit pas consentir un bail d'une durée supérieure à douze ans[1]. Tout bail d'une durée supérieure est inopposable au créancier hypothécaire, du moment que ce dernier a inscrit son hypothèque.

– L'entretien de l'immeuble hypothéqué doit être correctement assuré par le débiteur. Ainsi, en présence d'un prêt viager hypothécaire, le débiteur doit entretenir correctement l'immeuble (art. L 315-12 c. conso.[2]), et l'article 315-14 c. conso.[3] permet au créancier hypothécaire de visiter l'immeuble, afin de s'assurer de son état de conservation[4]. Si l'immeuble hypothéqué est vendu, le tiers-acquéreur répond des dégradations de l'immeuble (art. 2457 c. civ.[5]).

Le *fructus*, à savoir le fait de percevoir les fruits de l'immeuble, est encadré par deux limites, l'une concernant les fruits futurs, l'autre les produits.

– Le débiteur ne peut pas obtenir paiement du loyer plus de trois ans à l'avance[6] (ni faire une remise, ni opérer une cession de ces loyers pour une durée supérieure à trois ans) : là encore, la sanction réside dans l'inopposabilité au

[1] Pour les baux constitués et publiés antérieurement à l'inscription de l'hypothèque : art. 28 du décret n°55-22 du 4 janv. 1955 : « Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles :
1°/ Tous actes (…) portant ou constatant entre vifs (…) :
b/ bail pour une durée de plus de douze années (…) »

[2] Art. L 315-12 c. conso. : « L'emprunteur doit apporter à l'immeuble hypothéqué tous les soins raisonnables. »

[3] Art. L 315-14 c. conso. : « Le débiteur perd également le bénéfice du terme lorsqu'il change l'affectation du bien hypothéqué ou lorsqu'il refuse au créancier l'accès de l'immeuble hypothéqué pour s'assurer de son bon état d'entretien et de conservation ou en cas de prêt viager hypothécaire à versement périodique d'intérêts, lorsqu'il est défaillant dans le versement d'une ou de plusieurs échéances d'intérêts. »

[4] Art. L 315-13 c. conso. : « En application des dispositions de l'article [1305-4] du code civil, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque, par son fait, il a diminué la valeur de la sûreté qu'il avait donnée par le contrat à son créancier. »

[5] Art. 2457 c. civ. : « Le tiers acquéreur doit indemniser le créancier hypothécaire du préjudice résultant des dégradations qui ont diminué la valeur de l'immeuble par son fait ou par sa faute. Mais il peut obtenir remboursement, par prélèvement sur le prix de vente, de ses dépenses nécessaires à la conservation de l'immeuble et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution. »

[6] Pour les baux constitués et publiés antérieurement à l'inscription de l'hypothèque : art. 28 du décret n°55-22 du 4 janv. 1955 : « Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles :
1°/ Tous actes (…) portant ou constatant entre vifs (…) :
b/ bail pour une durée de plus de douze années, et même, pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus ; (…) »

créancier hypothécaire du paiement fait par le locataire au débiteur (le locataire s'exposant alors à payer deux fois).

– Les produits, qui, par opposition aux fruits, ne se renouvellent pas périodiquement (coupes de bois dans une forêt ; extraction dans une carrière), doivent relever d'une administration normale.

La sanction infligée au débiteur qui altère la valeur de son immeuble est celle de droit commun. Le débiteur encourt la *déchéance du terme* (art. 1305-4 c. civ.[1]), à savoir l'obligation de rembourser immédiatement le crédit contracté. Dans le prêt viager hypothécaire, l'article L 315-13 c. conso. renvoie à l'article 1305-4 c. civ.

b/ La vente de l'immeuble : *droit de suite et purge de l'hypothèque*

634. La **vente de l'immeuble hypothéqué** par le débiteur, pendant le remboursement de sa dette, est parfaitement légale[2]. Mais le tiers-acquéreur devra tenir compte de la présence de l'hypothèque (régulièrement inscrite). Deux techniques proches, le droit de suite et la purge de l'hypothèque, préserveront les intérêts du créancier hypothécaire.

Le *droit de suite* (art. 2454 c. civ.[3]) apparaît en présence d'un impayé du débiteur : le créancier hypothécaire fait saisir l'immeuble, même si l'immeuble a été vendu à un tiers-acquéreur, nouveau propriétaire du bien. Ce dernier dispose alors d'une option (art. 2456 c. civ.[4]) : soit il paye le créancier hypothécaire, soit il délaisse le bien.

Pour éviter ce risque (en faisant disparaître la charge hypothécaire pesant sur l'immeuble), une *purge* de l'hypothèque (art. 2461 est suiv. c. civ.) est possible : lorsque le débiteur vend son bien, le tiers-acquéreur peut proposer aux créanciers hypothécaires d'être payés de leurs créances sur la valeur de l'immeuble. Le créancier hypothécaire sera alors payé ou remboursé par anticipation.

Qu'il s'agisse du droit de suite ou de la purge, la question est donc de savoir ce qu'il advient de l'hypothèque en présence d'une vente de l'immeuble, amiable ou même

[1] Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. ». Voir : *Régime général de l'obligation*, n°120 et suiv.

[2] Civ. 3e, 18 juin 2008, n°07-15.129, Bull. n°109 ; Revue Lamy Droit civil, septembre 2008, n°3111, p. 29 : (abstrat) « l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque sur un immeuble ne fait obstacle ni à sa vente ni à l'inscription d'une nouvelle sûreté réelle sur ce bien ».

[3] Art. 2454 c. civ. : « En cas d'aliénation de l'immeuble, l'hypothèque le suit entre les mains du tiers acquéreur.
« Le tiers acquéreur est ainsi obligé, dans la limite des inscriptions, à toute la dette garantie, en capital et intérêts, quel qu'en soit le montant.
« S'il reste impayé, le créancier hypothécaire peut poursuivre en justice la vente de l'immeuble hypothéqué dans les conditions prévues par le livre III du code des procédures civiles d'exécution. »

[4] Art. 2456 c. civ. : « Une fois sommé de payer, et sauf le bénéfice de discussion prévu à l'article précédent, le tiers acquéreur peut :
-soit payer,
-soit purger l'immeuble suivant les règles prévues à la sous-section suivante,
-soit se laisser saisir. »

forcée. Si la vente est l'occasion de payer l'immeuble à sa vraie valeur, l'hypothèque aura rempli sa fonction.

635. La **vente de l'immeuble hypothéqué** pose un problème : l'immeuble hypothéqué reste saisissable ; mais sa valeur est prioritairement affectée au créancier hypothécaire.

- D'une part, tout créancier (chirographaire ou non) peut, à raison d'une dette certaine, liquide et exigible, faire procéder à un commandement de payer, valant saisie de l'immeuble du débiteur défaillant, en vertu de son droit de gage général (art. 2284 c. civ.[1]). L'immeuble hypothéqué peut être vendu aux enchères publiques, à la demande de l'*un quelconque des créanciers* du débiteur, et ce pendant le remboursement de la dette hypothécaire ;
- D'autre part, l'immeuble est prioritairement affecté au paiement de substitution du créancier hypothécaire, en cas de défaillance du débiteur. Tant que la condition de défaillance n'est pas accomplie, le droit au paiement du créancier hypothécaire reste virtuel.

Le régime de l'hypothèque prévoit une mesure pour concilier les intérêts en présence : si l'immeuble hypothéqué est *vendu à sa vraie valeur*, et si cette valeur est attribuée au créancier hypothécaire, grâce à un remboursement anticipé, l'hypothèque remplira sa fonction (paiement prioritaire du créancier hypothécaire) tout en permettant une aliénation (ou une saisie).

En présence d'une vente de l'immeuble hypothéqué, il convient de savoir comment la vraie valeur de l'immeuble sera atteinte : alors, une purge de l'hypothèque sera possible ; à défaut, le droit de suite du créancier hypothécaire subsistera.

636. Pour déterminer la **vraie valeur de l'immeuble**, question déterminante pour le créancier hypothécaire (mais aussi pour le débiteur et ses autres créanciers[2]), une purge de l'hypothèque aura parfois lieu, en fonction du type de vente.

[1] Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » L'art. 2191 c. civ. (résultant de l'ord. n°2006-461 du 21 avril 2006) applique la même idée : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut procéder à une saisie immobilière (...) ».

[2] On peut craindre que l'immeuble ne soit vendu à un prix trop faible : le tiers-acquéreur ferait (éventuellement) une bonne affaire, le créancier hypothécaire serait éventuellement intégralement payé : mais le débiteur se serait appauvri sans profit, et ses autres créanciers verraient disparaître une partie de son actif saisissable.

En présence d'une vente aux enchères publiques[1], souvent lors d'une vente forcée, la loi *présume irréfragablement* que ce type de vente offre toute garantie quant à l'évaluation du bien. Selon l'article 2461 c. civ.[2] : « L'immeuble est, de plein droit, purgé du droit de suite attaché à l'hypothèque dans les cas prévus par la loi, notamment la vente sur saisie immobilière (...) ». La procédure de purge est inutile : l'hypothèque disparaîtra au moment du paiement du prix ou de sa consignation. L'immeuble est légalement vendu à sa vraie valeur.

En présence d'une vente amiable (qui ne présente pas la même garantie qu'une vente forcée : art. 2462 c. civ.[3]), le prix que le tiers, intéressé par l'acquisition, est prêt à payer peut faire l'objet d'appréciations diverses par les créanciers hypothécaires, en fonction de leur situation propre. Le tiers peut faire une offre qui sera acceptée ; ou effectuer une notification à fin de purge, mais elle peut être rejetée.

- Soit les créanciers hypothécaires acceptent l'offre du tiers-acquéreur (art. 2463 c. civ.[4]). Les créanciers hypothécaires, au regard du montant du passif hypothécaire qui leur reste dû, estiment que le prix proposé est suffisant (soit pour les payer, soit au regard du prix du marché). L'offre est acceptée : ils se payent sur le prix et l'immeuble est libéré du droit de suite au moment de la consignation du prix ou du paiement. Le silence d'un créancier hypothécaire ne vaut pas acceptation (art. 1120 c. civ.[5]).
- Soit le tiers-acquéreur effectue une *notification à fin de purge* aux créanciers hypothécaires (art. 2464 c. civ.[6]). Ce cas de figure se produira lorsque le tiers-acquéreur estime que le prix qu'il propose est correct, et que l'absence

[1] Ainsi que les adjudications sur saisie (variété de vente aux enchères publiques), l'expropriation pour cause d'utilité publique, certaines ventes amiables réalisées pendant le redressement ou la liquidation judiciaire.

[2] Art. 2461 c. civ. : « L'immeuble est, de plein droit, purgé du droit de suite attaché à l'hypothèque dans les cas prévus par la loi, notamment la vente sur saisie immobilière, l'expropriation pour cause d'utilité publique ou les situations prévues par les livres VI du code de commerce ou VII du code de la consommation. »

[3] Art. 2462 c. civ. : « La simple publication au service chargé de la publicité foncière des titres translatifs de propriété ne purge pas les hypothèques établies sur l'immeuble.
« Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue : il les transmet sous l'affectation des mêmes hypothèques dont la chose vendue était grevée. »

[4] Art. 2463 c. civ. : « Lorsque, à l'occasion de la vente d'un immeuble hypothéqué, tous les créanciers inscrits conviennent avec le débiteur que le prix en sera affecté au paiement total ou partiel de leurs créances ou de certaines d'entre elles, ils exercent leur droit de préférence sur le prix et ils peuvent l'opposer à tout cessionnaire comme à tout créancier saisissant de la créance de prix.
« Par l'effet de ce paiement, l'immeuble est purgé du droit de suite attaché à l'hypothèque. »

[5] Art. 1120 c. civ. : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. » Voir : *Droit du contrat*, n°157

[6] Art. 2464 c. civ. : « A défaut de l'accord prévu par l'article précédent, le tiers acquéreur peut, une fois la vente publiée, purger l'immeuble du droit de suite attaché à l'hypothèque.
« Il doit, soit avant les poursuites, soit dans le mois de la première sommation de payer qui lui est faite, notifier aux créanciers inscrits un acte où il dit être prêt à acquitter sur-le-champ les dettes hypothécaires, exigibles ou non exigibles, mais jusqu'à concurrence du prix stipulé dans l'acte d'acquisition ou, s'il a reçu l'immeuble par donation, de la valeur qu'il déclare. »

d'acceptation d'un créancier hypothécaire est injustifiée ; ou lorsque le tiers-acquéreur découvre l'existence d'un passif hypothécaire (30€ au profit du syndicat de copropriété), avant d'avoir payé le prix (100€). Les créanciers hypothécaires sont alors confrontés à une option :

- S'ils restent tous silencieux, face à l'offre fixée dans la notification à fin de purge, l'hypothèque est purgée (art. 2467 c. civ.[1]). Le silence vaut alors (exceptionnellement) acceptation implicite, en réalité parce que le législateur juge que l'acceptation est souhaitable[2]. Les créanciers hypothécaires sont réputés admettre que le prix que le tiers-acquéreur propose de leur verser correspond à un prix équitable ;
- Si l'un des créanciers hypothécaires n'est pas satisfait du prix, il peut requérir la mise en vente aux enchères publiques (art. 2465 c. civ.[3]), mais il doit offrir un prix supérieur de 10% (surenchère du dixième)[4]. Il en ira ainsi quand le débiteur vend à l'amiable pour 70 son immeuble, alors qu'un créancier hypothécaire, titulaire d'une créance de 80, estime qu'il vaut 100 ; ce créancier hypothécaire peut alors s'estimer lésé. La vente aux enchères publiques conduira soit à ce que l'immeuble lui soit vendu pour 77 (surenchère du 10e), soit à ce que l'immeuble soit vendu à un tiers pour un prix supérieur (90), permettant alors d'éponger entièrement la dette envers le créancier hypothécaire. Vendu aux enchères publiques, l'immeuble a atteint sa vraie valeur ; l'hypothèque disparaît.

La vente de l'immeuble à sa vraie valeur permet d'effectuer la purge de l'hypothèque, car les créanciers hypothécaires obtiendront un remboursement anticipé sur le prix de vente que versera le tiers-acquéreur. Le prix de l'immeuble est jugé équitable :

- automatiquement, en présence d'une vente aux enchères publiques ;

[1] Art. 2467 c. civ. : « Si aucun créancier ne requiert la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble est définitivement fixée au prix stipulé ou à la valeur déclarée.
« L'immeuble est, en conséquence, libéré de toute hypothèque par le paiement de cette somme aux créanciers inscrits, ou par sa consignation. »

[2] *Droit du contrat,* n°186 et suiv.

[3] Art. 2465 c. civ. : « Tout créancier inscrit peut, dans les quarante jours suivant la notification qui lui a été faite, requérir la vente de l'immeuble aux enchères publiques, pourvu qu'il surenchérisse d'un dixième sur le prix stipulé ou sur la valeur déclarée, et qu'il fournisse caution à due concurrence. »

[4] Art. R322-51 c. proc. civ. d'ex. : « A peine d'irrecevabilité, la surenchère est formée par acte d'avocat et déposée au greffe du juge de l'exécution dans les dix jours suivant l'adjudication. Elle vaut demande de fixation d'une audience de surenchère.
« L'avocat atteste s'être fait remettre de son mandant une caution bancaire irrévocable ou un chèque de banque du dixième du prix principal de la vente.
« La déclaration de surenchère ne peut être rétractée. »

– par l'acceptation explicite de tous les créanciers hypothécaires ;

– par le silence observé par chaque créancier hypothécaire qui reçoit une notification à fin de purge.

637. En revanche, si la vente amiable ne conduit pas le tiers-acquéreur à faire une notification à fin de purge, rien ne permet de penser que l'immeuble a atteint sa valeur véritable : l'hypothèque régulièrement inscrite subsiste. « La simple publication au service chargé de la publicité foncière des titres translatifs de propriété ne purge pas les hypothèques établies sur l'immeuble » (art. 2462 c. civ.[1]). Le créancier hypothécaire disposera alors d'un **droit de suite**[2], dès qu'il est confronté à une défaillance de son débiteur.

Si le débiteur n'a pas complètement remboursé sa dette (hypothécaire[3]) et qu'il est défaillant (hypothèque non périmée), le créancier hypothécaire exerce son droit de suite à l'encontre du tiers-acquéreur. Ce dernier, légalement tenu de savoir que l'immeuble était hypothéqué[4], subit la saisie comme le ferait une caution réelle (hypothécaire) (art. 2455 c. civ.[5]). Le créancier hypothécaire fait sommation au tiers acquéreur de payer ou de délaisser (2456 c. civ.[6]). Le tiers-acquéreur est alors confronté à une option.

– *Soit il paye* : le tiers-acquéreur paiera le créancier hypothécaire, en remplaçant le débiteur. Ce sera le cas si la valeur résiduelle de la dette est relativement faible ; le tiers-acquéreur, subrogé dans les droits du créancier

[1] Art. 2462 c. civ. : « La simple publication au service chargé de la publicité foncière des titres translatifs de propriété ne purge pas les hypothèques établies sur l'immeuble.
« Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue : il les transmet sous l'affectation des mêmes hypothèques dont la chose vendue était grevée. »

[2] Le droit de suite du créancier hypothécaire suppose qu'il dispose d'une créance valable et exigible, impayée par le débiteur : *a contrario* (principe de l'accessoire), si la créance n'est pas valable (parce que nulle ou prescrite), le tiers-acquéreur peut repousser l'action du créancier hypothécaire (sauf exception purement personnelle au débiteur : Civ. 2e, 19 févr. 2015, n°13-27.691, D. 2015. 964, note Philippe Théry).

[3] Civ. 2e, 8 décembre 2022, n° 20-14.302 (n° 1272 F-B) ; D. 2022 p.2298 : « le tiers acquéreur qui n'est pas personnellement obligé à la dette n'est tenu au paiement que des seules dettes hypothécaires, à l'exclusion des dettes chirographaires pour lesquelles le créancier poursuivant, qui poursuit la saisie en exécution de son droit de suite, ne peut être colloqué lors de la distribution du prix ».

[4] Le tiers-acquéreur a pu éventuellement acheter l'immeuble à une valeur, déduction faite du montant de la créance hypothécaire à payer : le tiers-acquéreur se substitue alors au débiteur. Mais la cession de dette est inopposable au créancier (sauf s'il donne décharge à son débiteur originaire).

[5] Art. 2455 c. civ. : « Le tiers acquéreur qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'immeuble s'il demeure d'autres immeubles, hypothéqués à la même dette, en la possession du débiteur principal, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au chapitre Ier du titre Ier du livre IV du présent code.
« Pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'immeuble hypothéqué.
« Ce tiers acquéreur peut encore, comme le pourrait une caution, opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. »

[6] Art. 2456 c. civ. : « Une fois sommé de payer, et sauf le bénéfice de discussion prévu à l'article précédent, le tiers acquéreur peut :
-soit payer,
-soit purger l'immeuble suivant les règles prévues à la sous-section suivante,
-soit se laisser saisir. »

hypothécaire, prend à sa charge l'action récursoire contre le débiteur (exécution forcée). Ou bien, le tiers-acquéreur a acquis l'immeuble, en déduisant de son vrai prix le montant de la créance hypothécaire[1]. En payant le créancier hypothécaire, le tiers-acquéreur fait disparaître l'hypothèque : l'inscription sera périmée ou radiée.

– *Soit il laisse saisir* : si le tiers-acquéreur refuse de payer, la saisie immobilière (initiée par le créancier hypothécaire impayé, en vertu de son droit de suite) suit son cours : l'immeuble sera vendu aux enchères publiques. Il en ira ainsi lorsque l'acquéreur ignorait que l'immeuble était hypothéqué[2] pour une dette d'un montant important ou lorsque l'acquéreur est défaillant dans le remboursement des dettes contractées par le vendeur (cession de dettes). Le prix de l'immeuble sera attribué au créancier hypothécaire (saisie individuelle) ; il est prévu que le solde du prix sera attribué à l'acquéreur évincé[3]. Le résultat final est que le tiers-acquéreur a perdu l'immeuble acquis.

Le droit de suite exercé par le créancier hypothécaire produit donc un résultat similaire à celui d'une vente qui lui serait inopposable. Le créancier hypothécaire conserve son droit de gage général contre son débiteur ; il continue à pouvoir saisir l'immeuble, détenu par le tiers-acquéreur (sans que le patrimoine de ce dernier soit engagé envers le créancier hypothécaire).

(638. : réservé)

639. Pendant le remboursement de la dette, le créancier hypothécaire dispose donc de prérogatives conservatoires, uniquement destinées à préserver la valeur de l'immeuble, lorsqu'elle serait altérée par une surexploitation, sous la sanction d'une déchéance du terme. Lors de la vente de l'immeuble, la purge (vente aux enchères publiques, notification) et le droit de suite (paiement, délaissement) protègent le droit à la valeur des créanciers hypothécaires, en s'assurant que l'immeuble est correctement vendu. Si tel est le cas, le prix de vente de l'immeuble est consigné, et les créanciers

[1] L'article L. 311-8 du code de la construction et de l'habitation prévoit que, l'hypothèque constituée afin de garantir un prêt spécial à la construction octroyé par le Crédit foncier ne pèse que sur le propriétaire actuel de l'immeuble. L'emprunteur initial est libéré ; la charge de la dette pèse exclusivement sur l'acquéreur, sans que l'accord du Crédit foncier ne soit exigé. Il semble que cette pratique soit courante en droit allemand (§416 BGB), selon Valérie Lasserre, *La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand*, D. 2016 p.1578, spéc. n°5.

[2] Cela peut arriver, notamment en présence d'une hypothèque judiciaire conservatoire. Voir : Civ. 1ère, 28 octobre 2015, n°14-15.114, Bull. (vendeur tenu de garantir l'acquéreur contre le risque d'éviction).

[3] Civ. 2e, 8 décembre 2022, n°20-14.302 (n° 1272 F-B) ; D. 2022 p.2298 : « si le prix de vente excède la dette hypothécaire, la différence est pour le tiers acquéreur, sauf les droits de ses créanciers inscrits sur l'immeuble ».

hypothécaires seront payés (avant terme). Et si le débiteur est défaillant, les créanciers hypothécaires peuvent compter sur la valeur de l'immeuble et même sur l'immeuble lui-même.

2/ Les effets de l'hypothèque en cas de défaillance du débiteur

640. Les **effets de l'hypothèque en cas de défaillance du débiteur** ont pour objet de fixer les prérogatives du créancier hypothécaire, confronté à un débiteur défaillant (insolvable ou non). Le créancier hypothécaire dispose depuis toujours d'un droit de préférence ; il bénéficie également depuis 2006 (ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006) de l'attribution judiciaire.

Le droit de préférence est reconnu depuis toujours à tout créancier hypothécaire. Jusqu'en 2006, c'était la seule prérogative dont disposaient les créanciers hypothécaires : le classement du droit de préférence était donc la question centrale.

L'attribution judiciaire est une seconde prérogative, apparue en 2006[1]. Depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, cette prérogative peut être exercée par tout créancier hypothécaire (contractuel, légal ou judiciaire). Cette prérogative conduit à réévaluer les chances de paiement du créancier hypothécaire qui sera en mesure de l'obtenir. En pratique, toutefois, seul un créancier hypothécaire économiquement solide pourra réclamer cette attribution judiciaire, sûreté de seconde phase : il y songera notamment quand le montant (rechargé) des dettes hypothécaires pourra à peu près se compenser avec la valeur de l'immeuble ou si d'autres risquent de le primer.

Lorsqu'il est confronté à un débiteur défaillant, tout créancier hypothécaire peut invoquer son droit de préférence (a), sauf à tenir compte de l'impact produit par l'attribution judiciaire (b).

a/ Le droit de préférence : *une sûreté de 4ème phase*

641. Le **droit de préférence** (art. 2450 c. civ.[2]) est reconnu au profit de tous les créanciers hypothécaires : « Le créancier hypothécaire impayé peut poursuivre la vente

[1] L'attribution judiciaire fut introduite avec l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, au profit de destinataires mal déterminés : le créancier hypothécaire contractuel en bénéficiait à l'évidence, le doute était permis pour les autres créanciers (bénéficiant, à l'époque d'une hypothèque ou d'un privilège immobilier).

[2] Art. 2450 c. civ. : « Le créancier hypothécaire impayé peut poursuivre la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger.
« Sur le prix de vente, il est payé par préférence aux créanciers chirographaires. S'il est en concours avec d'autres créanciers hypothécaires, il est payé au rang que lui assignent les articles 2418 à 2420. »

du bien hypothéqué selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution (...) ». En cas de défaillance du débiteur, la vente forcée de l'immeuble a donc lieu en suivant la procédure prévue : l'article 2450 al. 2 c. civ. précise que le créancier hypothécaire est payé « par préférence », et fixe le rang de chaque créancier hypothécaire, en cas de conflit de sûretés réelles.

Selon l'article 2450 al. 2 c. civ., « Sur le prix de vente, il est payé par préférence aux créanciers chirographaires. » Lors de la vente forcée, le créancier hypothécaire est payé lors de la répartition des fonds : c'est à ce moment qu'il déclenche son biais légal, qui permet de court-circuiter les créanciers chirographaires. Le droit de préférence est une sûreté de 4ème phase qui permet d'obtenir un droit prioritaire au paiement sur le prix de vente de l'immeuble.

Lorsque *plusieurs créanciers hypothécaires sont inscrits sur l'immeuble*, le plus ancien est préféré au plus récent. « S'il est en concours avec d'autres créanciers hypothécaires, il est payé au rang que lui assignent les articles 2418 à 2420. » La règle de l'antériorité (fixée à l'art. 2418 al. 1er c. civ.[1]) prévoit toutefois une exception, avec l'hypothèque légale spéciale du syndicat de copropriété (art. 2418 al. 2 c. civ.).

[1] Art. 2418 c. civ. : « Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi.
« Par exception, l'hypothèque prévue au 3° de l'article 2402 est dispensée d'inscription. Elle prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les années antérieures. (...) »

Tableau 6.1		**Classement du droit de préférence sur l'immeuble**	
Rang du droit de préférence	**Assiette**	**Type de sûretés réelles immobilière**	**Catégorie ou intérêt protégé**
1er	générale	Frais de justice	Intérêt collectif
2ème	générale	Salaires ordinaires	Créanciers sociaux
3ème	spéciale	Syndicat de copropriété	Intérêt collectif
4ème selon la date d'inscription	spéciale	Hypothèque légale spéciale du prêteur ou du vendeur Hypothèque contractuelle, gage immobilier Hypothèque légale générale du trésor public et autres	Économiquement utile Économiquement prévoyant Intérêt public (trésor public) ; intérêts divers (créancier faible ...)
5ème	générale	Créanciers postérieurs (art. L 643-8 c. com.)	Intérêt du débiteur

Pour rappel, le *classement général sur l'immeuble* donne les premiers rangs aux créanciers munis d'un privilège immobilier général (exercé à titre subsidiaire : art. 2376 al. 6 c. civ.[1]), suivis par l'hypothèque légale du syndicat de copropriété, puis les autres créanciers hypothécaires selon leur date d'inscription :

– 1er rang : frais de justice (privilège immobilier général) (art. 2378 c. civ.[2])

– 2ème rang : salaires ordinaires (privilège immobilier général) (art. 2377 c. civ.[3],) ;

– 3éme rang : syndicat de copropriété (hypothèque légale spéciale) (art. 2418 al. 2 c. civ.[4]) ;

[1] Art. 2376 c. civ. : « Les privilèges immobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux.
« Ils sont dispensés de la formalité de l'inscription.
« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.
« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers mais ne confèrent pas de droit de suite.
« Lorsque le privilège porte aussi sur la généralité des meubles du débiteur, il ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de mobilier suffisant. »

[2] Art. 2378 c. civ. : « Les privilèges généraux priment le droit de préférence attaché au gage immobilier et à l'hypothèque.
« Ils s'exercent dans l'ordre de l'article 2377. »

[3] Art. 2377 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur la généralité des immeubles sont :
1° Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ;
2° Les rémunérations et indemnités suivantes :
– les rémunérations, pour les six derniers mois, des salariés et apprentis ; (...) ».

[4] Art. 2418 al. 2 c. civ. « Par exception, l'hypothèque prévue au 3° de l'article 2402 [au profit du syndicat de la copropriété, pour les charges communes] (...) prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues. Elle vient en concours avec l'hypothèque du vendeur et du prêteur de deniers pour les

– 4ème rang : créanciers hypothécaires, selon la date d'inscription (art. 2418 et 2419 c. civ.[1]).

Il pourra donc arriver qu'un créancier hypothécaire bénéficiant d'une créance en rapport avec la valeur de l'immeuble (créancier hypothécaire contractuel bénéficiant d'une clause de rechargement, prêteur de deniers) soit exposé au surclassement.

b/ L'attribution judiciaire : *une sûreté de seconde phase*

642. L'**attribution judiciaire** (art. 2451 c. civ.[2]) permet à un créancier hypothécaire de devenir propriétaire de l'immeuble en cas de défaillance du débiteur, sous une réserve (à vocation sociale), conçue en faveur des débiteurs, personnes physiques, dont l'immeuble sert de *résidence principale* : l'attribution judiciaire (art. 2458 c. civ.)[3] comme le pacte commissoire (art. 2459 c. civ.[4]) sont alors interdits. Il s'agit là d'une petite disposition sociale, analogue dans son esprit à celle édictée en présence d'une garantie autonome (interdite pour garantir un prêt à la consommation ou immobilier ou le versement d'un loyer). La disposition est également prévue en présence d'un gage immobilier[5] (mais non en présence d'une propriété-sûreté, comme la fiducie : infra).

Les *bénéficiaires* de l'attribution judiciaire sont tout créancier hypothécaire[6], contractuel comme légal.

– Depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 (supprimant les privilèges immobiliers spéciaux), peuvent donc devenir propriétaire de l'immeuble, le créancier hypothécaire contractuel, le vendeur ou le prêteur (avec leur hypothèque légale spéciale), le syndicat de copropriété, le trésor public

années antérieures. (...) »

[1] Art. 2419 c. civ. : « L'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires et les créanciers gagistes, dans la mesure où leur gage porte sur des biens réputés immeubles, est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes. »

[2] Art. 2451 c. civ. : « Le créancier hypothécaire peut aussi demander en justice que l'immeuble, s'il ne constitue pas la résidence principale du constituant, lui demeure en paiement. »

[3] Art. 2458 c. civ. : « (...) le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur. »

[4] Art. 2459 c. civ. : « Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur. »

[5] Art. 2387 c. civ. : « Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; il emporte dépossession de celui qui le constitue. » Art. 2388 c. civ. : « (...) sont applicables au gage immobilier (…) les dispositions relatives aux effets de l'hypothèque prévues aux articles 2458 à 2460. »

[6] Ainsi que le créancier gagiste, en présence d'un gage immobilier. Art. 2388 c. civ. : « Les dispositions relatives à l'hypothèque conventionnelle prévues au dernier alinéa de l'article 2397 et aux articles 2413, 2414, 2416, 2417 et 2421 sont applicables au gage immobilier.

« Le sont également les dispositions relatives aux effets de l'hypothèque prévues aux articles 2458 à 2460. »

(hypothèque légale générale, à inscrire) et tous les autres créanciers hypothécaires légaux (inscrivant spécialement sur l'immeuble)[1].

– En revanche, sont exclus de l'attribution judiciaire les créanciers munis du privilège immobilier général (les salaires et les frais de justice), ainsi que les créanciers postérieurs et évidemment les chirographaires.

Parmi tous les créanciers hypothécaires, le bénéficiaire naturel de l'attribution judiciaire est le *créancier économiquement prévoyant*, à savoir le prêteur de deniers et le créancier hypothécaire contractuel, fréquemment une banque dans les deux cas. Ce créancier dispose de la surface financière et des compétences suffisantes pour obtenir la propriété de l'immeuble et « porter » cet actif le temps de la revente. Le montant des frais de mutation (environ 8% du prix), à la charge de l'acquéreur d'immeuble, et le montant de la soulte seront des obstacles pour les créanciers hypothécaires économiquement fragiles.

643. L'**exercice de l'attribution judiciaire** permet alors au créancier hypothécaire de devenir propriétaire de l'immeuble : l'immeuble est saisi (1ère phase), puis vendu au créancier (2ème phase : déclencheur) à la valeur fixée par le juge (art. 2453 c. civ.[2]). Au lieu d'être vendu aux enchères publiques, l'immeuble l'est au créancier : il devient propriétaire du bien du débiteur (ce qui court-circuite la procédure de droit commun).
Le créancier se prévaut ensuite de la *compensation* (3ème phase, similaire au versement du prix) entre le montant de la dette impayée et la valeur de l'immeuble (art. 2453 al. 2 c. civ.[3]).

– Le paiement par compensation est la technique qui permet d'effectuer le surclassement : le créancier obtient à ce stade le paiement de substitution. Ce paiement est précoce (puisque la procédure d'exécution forcée n'est pas menée à terme), et surtout intégral, avantage majeur si le débiteur défaillant est insolvable.

[1] L'article 2458 c. civ. figure dans le Chapitre V *De l'effet des privilèges et des hypothèques* : on peut en déduire que l'attribution judiciaire est un effet commun aux privilèges et hypothèques, contractuelles et légales.
[2] Art. 2453 c. civ. : « Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement.
« Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne. »
[3] Art. 245 c. civ. : « Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement.
« Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne. »

– Si la valeur de l'immeuble est supérieure au montant de la dette impayée, le créancier hypothécaire versera la soulte (solde) à fin de répartition (4ème phase) aux autres créanciers.

L'attribution judiciaire ne peut être obtenue que par *un seul créancier hypothécaire* : l'immeuble ne peut avoir qu'un seul propriétaire. La loi ne précise toutefois pas comment sont réglés les conflits, lorsque plusieurs créanciers hypothécaires sollicitent l'attribution judiciaire (date d'inscription de l'hypothèque ? ; date à laquelle l'attribution judiciaire est demandée ?). La position de la jurisprudence sur cette question est attendue.

643-1. L'exercice de l'attribution judiciaire donne lieu à des **obstacles** procéduraux et à des incertitudes.

Lorsque plusieurs créanciers hypothécaires sollicitent l'attribution judiciaire, la logique conduirait à régler le *conflit portant sur l'attribution judiciaire* en fonction de la règle de l'antériorité de l'inscription hypothécaire. Or, dans un domaine voisin (le gage-nantissement) la chambre commerciale a rendu (Com., 3 juin 2008[1]) un arrêt curieux, affirmant qu'un créancier gagiste inscrit en second pouvait réclamer l'attribution judiciaire sans même que le gagiste inscrit en premier soit mis en cause. Si cette position est confirmée, la prévisibilité de la politique de crédit menée par un créancier hypothécaire contractuel sera fortement malmenée : le paiement intégral sera subordonné au prix de la course, chaque créancier hypothécaire contractuel ne pouvant solliciter l'attribution que lorsque le débiteur défaillant à son égard.

La jurisprudence refuse également qu'un créancier hypothécaire obtienne l'attribution judiciaire quand son *débiteur professionnel fait l'objet d'une procédure collective*, au motif que le droit des procédures collectives ne réglemente pas spécialement l'exercice de cette action (Com., 28 juin 2017[2]). La réforme des procédures collectives par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce (réforme des procédures collectives) n'ayant pas prévu de procédure spécifique, on en déduit que cette jurisprudence reste en vigueur.

644. L'attribution judiciaire remet donc en cause le classement du droit de préférence, mais de manière indirecte. Un créancier hypothécaire est amené à **gérer sa sûreté** en comparant le résultat issu du classement du droit de préférence et celui produit par

[1] Com., 3 juin 2008, n°07-12.017 : « l'attribution judiciaire du bien donné en nantissement est indépendante de l'ordre dans lequel les divers privilèges s'exercent sur le prix en cas de vente de ce bien ».

[2] Com., 28 juin 2017, n°16-10.591, Bull. ; D. 2017.1996 obs. Pierre Crocq ; D. 2017. 1356, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2017. 707, obs. P. Crocq ; Act. proc. coll. 2017. 236, obs. C. Alleaume ; Dr. et proc. juill. 2017, cah. dr. des entr. en diff., p. 10, obs. P. Roussel Galle ; JCP E 2017, chron. 1460, spéc. n°19, note Philippe Pétel : « A défaut de disposition autorisant, par dérogation au principe d'interdiction des poursuites posé par ce texte, la présentation d'une telle demande [attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué] en cas de procédure collective, comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué est irrecevable. »

l'attribution judiciaire. En présence d'un immeuble valant 100, de salaires ordinaires impayés (10), d'une hypothèque légale spéciale du prêteur (60) et d'une hypothèque contractuelle (50) :

- le classement du droit de préférence expose le créancier muni d'une hypothèque contractuelle à une perte de 20. Le 1er rang est occupé par les salariés (10), le second par le prêteur (60) : il ne reste que 30 pour le créancier hypothécaire contractuel ;
- l'attribution judiciaire obtenue par le créancier hypothécaire lui permet d'obtenir un paiement intégral (50), puis il versera une soulte de 50, pour attribution : les salariés obtiendront 10 et le prêteur 40. Grâce à l'attribution judiciaire, la charge de la pénurie est transférée sur le prêteur (impayé à hauteur de 20) ;
- si le prêteur veut éviter le risque du surclassement (et une perte de 20), il a intérêt (lui aussi) à obtenir l'attribution judiciaire.

La résolution du conflit entre créanciers réclamant l'attribution judiciaire sera également perturbée par l'exercice du pacte commissoire et par l'interférence de la rétention exercée par le créancier bénéficiant d'un gage immobilier.

- Le *pacte commissoire* (art. 2452 c. civ.[1]), convenu dans le cadre d'une hypothèque contractuelle, permet au créancier hypothécaire de devenir propriétaire, dès que le débiteur est défaillant. Peu pratiqué, parce que son déclenchement automatique ne correspond pas systématiquement à l'intérêt du créancier (notamment si le montant résiduel de la créance impayée est faible par rapport à la valeur de l'immeuble), le pacte commissoire n'interdit pas la saisie de l'immeuble par d'autres créanciers (réclamant l'attribution judiciaire).
- La *rétention* exercée par le créancier bénéficiant d'un gage immobilier donne lieu, depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, à une disposition propre (art. 2419 c. civ.[2]) : le conflit portant sur le droit de préférence entre un gagiste immobilier[3] et un créancier hypothécaire est réglé par l'antériorité, « nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes », c-à-d.

[1] Art. 2452 c. civ. : « Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur. »

[2] Art. 2419 c. civ. : « L'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires et les créanciers gagistes, dans la mesure où leur gage porte sur des biens réputés immeubles, est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes. »

[3] Art. 2379 c. civ. : « Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation avec dépossession de celui qui la constitue. »

sans porter atteinte au droit de rétention des gagistes. Un gagiste peut-il opposer sa rétention pour interdire à un autre créancier (hypothécaire) l'attribution judiciaire ?

Conclusion du §1er/ L'hypothèque

649. L'**hypothèque** consiste à affecter au paiement prioritaire d'un créancier un immeuble dont le débiteur conserve la possession. Cette sûreté réelle immobilière est en évolution discrète.

La réglementation traditionnelle de l'hypothèque avait pour but de permettre à différentes catégories de créanciers d'obtenir une garantie sur un actif stable et de valeur. L'hypothèque légale (accessible à des catégories autres que les créanciers contractuels puissants), l'inscription pour trois ans d'intérêts seulement et la règle de l'antériorité permettent de ne pas réserver l'hypothèque à une seule catégorie de créanciers.

Mais la réglementation contemporaine marque une évolution. Les créanciers hypothécaires contractuels peuvent mobiliser entièrement la valeur de l'immeuble (hypothèque rechargeable). L'attribution judiciaire permet à des créanciers économiquement solides d'obtenir une revalorisation de leur classement, en transférant la charge de la pénurie sur d'autres. En réalité, ces réformes profitent à certains créanciers contractuels, pour l'essentiel des banques.

§2ème/ Le gage et le nantissement : *la possession du créancier*

650. Le **gage** consiste à affecter à la garantie d'une obligation un bien dont la possession est transmise au créancier. Grâce à cette mesure préventive, les biens figurant dans son assiette sont gelés : les autres créanciers du débiteur ne peuvent pas saisir les biens retenus et le débiteur n'en recouvrera la possession qu'en payant intégralement sa dette. La rétention exercée par le créancier est une faculté de blocage qui possède des effets spécifiques en cas de défaillance du débiteur.

Le trait spécifique du gage résulte de la *rétention* exercée par le créancier pendant toute la durée de remboursement de la dette. Elle porte sur des biens meubles ou immeubles :

– le gage immobilier (art. 2379 à 2384 c. civ.), ancienne antichrèse, porte sur un immeuble : les loyers perçus par le créancier gagiste seront imputés sur les intérêts et le capital de la dette (art. 2381 al. 1er c. civ.[1]). C'est *la* différence de fond avec l'hypothèque. Pour le reste, le gage immobilier suit le même régime que l'hypothèque (art. 2380 c. civ.[2]). Nous n'en parlerons plus ;

– le gage (art. 2333 à 2350 c. civ.[3]) a pour assiette des meubles corporels, alors que le nantissement (art. 2355 à 2366 c. civ.[4]) a pour assiette des meubles incorporels (brevets, créances … crypto-actifs[5]). La distinction terminologique[6] entre le gage et le nantissement, effectuée par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, ne possède pas de conséquences autres (sauf exception) : le régime du gage et celui du nantissement sont comparables[7], tant en ce qui concerne leurs conditions que leurs effets.

Les *effets du gage et du nantissement* investissent le créancier de prérogatives diverses, à la fois génériques (le droit de préférence, l'attribution judiciaire) et spécifiques (résultant de la rétention exercée par le gagiste). L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 a renforcé ponctuellement ces effets : le créancier gagiste peut faire vendre sous huit jours les biens gagés en garantie d'une dette professionnelle (art. 2344 al. 2 c. civ.[8]).

La souplesse des règles relatives à la constitution du gage et du nantissement (I) et la puissance de leurs effets (II) permettent aux créanciers gagistes et nantis d'envisager la défaillance de leur débiteur avec une relative sérénité.

---

[1] Art. 2381 al. 1er c. civ. : « Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette. »

[2] Art. 2380 c. civ. : « Les dispositions relatives aux hypothèques prévues aux articles 2390, 2409 à 2413, 2415 et 2450 à 2453 sont applicables au gage immobilier. »

[3] Art. 2333 al.1er c. civ. : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers *corporels*, présents ou futurs. », premier article du chapitre II « Du gage de meubles corporels »

[4] Art. 2355 al.1er c. civ. : « Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs. », premier article du chapitre III « Du nantissement de meubles incorporels ».

[5] Voir : Maxime Julienne, *Le nantissement de crypto-actifs*, BJB sept. 2025, n° BJB202j3.

[6] Cette distinction terminologique est d'ailleurs nouvelle : dans le code civil de 1804, le nantissement était la catégorie générique, le gage une application d'espèce, en présence de meubles corporels (anc. art. 2071 et 2072 c. civ.). Nantir vient du vieux français, et signifie gager.

[7] Art. 2355 relatif au nantissement, al. 4 : le nantissement « qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) «, à l'exclusion du 4° de l'article 2286 » ».

[8] Art. 2346 c. civ. : « A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut poursuivre la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger.

« Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage. »

I/ La constitution du gage et du nantissement

651. La **constitution** du gage (sur les meubles corporels) et du nantissement (sur les biens incorporels) obéit à des règles souples : depuis 2006, tout ou presque peut être gagé ou nanti ; l'opposabilité aux tiers, et plus précisément aux « autres créanciers », est aisément acquise.

La possibilité de gager un bien (meuble ou immeuble) bute néanmoins sur une première difficulté. Il faut que le créancier puisse obtenir la possession du bien, pour pouvoir exercer sa rétention. Cette condition s'est modifiée au cours du temps, précisément afin que tous les biens puissent être gagés : l'assiette du gage a évolué, afin de faciliter la conclusion de gage, qui obéit à des conditions qui se sont constamment assouplies, depuis le début du XXIe siècle. La seule limite qui subsiste est celle de l'opposabilité aux tiers : mais le développement d'internet permettra d'abolir cette difficulté.

Le gage et le nantissement sont donc des sûretés qui ont connu un développement contemporain spectaculaire. L'évolution de l'assiette du gage (1) s'inscrit dans une tendance de fond : la conclusion du contrat de gage est simple (2) et l'opposabilité aux tiers aisément acquise (3).

1/ L'évolution de l'assiette du gage *: variations autour de la notion de créancier "économiquement prévoyant"*

652. L'**évolution de l'assiette du gage** traduit une rupture progressive avec la justification même de cette technique. Traditionnellement, le gage était destiné au créancier économiquement prévoyant, et c'était la raison pour laquelle il devait obtenir la possession des biens que le débiteur lui remettait. Mais la possession est une notion, tout comme celle de « créancier économiquement prévoyant ».

En 1804, le débiteur en mesure de remettre une chose mobilière de valeur en possession du créancier, aurait pu la vendre et obtenir une somme d'argent (mais évidemment, en perdant définitivement la propriété de sa chose). L'assiette du gage traditionnel, avec dépossession effective du débiteur, démontre que le gagiste est un *créancier économiquement prévoyant*, qui a en vue et en sa possession un bien de valeur destiné à apurer la dette. C'est la logique du prêteur sur gage, connu depuis l'antiquité. La mesure préventive résultant de la possession exercée par le créancier repose sur une équation économique implicite : le paiement différé mais sécurisé du gagiste (grâce à l'attribution

judiciaire) doit lui procurer une prérogative similaire à un paiement immédiat (que le débiteur est en mesure d'effectuer).

Or, à partir du milieu du XX^e siècle, l'assiette du gage va connaître une évolution curieuse, avec l'apparition de gages spéciaux sans dépossession du débiteur. L'absence de dépossession du débiteur modifiait l'équation de fond qui caractérisait traditionnellement le gage : les nouveaux venus ne pourront plus hésiter entre un paiement immédiat (impossible) et un paiement différé sécurisé (qu'ils voudront néanmoins obtenir). Certains créanciers économiquement utiles, à partir du milieu du XX^e siècle, puis des créanciers contractuellement puissants, avec l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, vont obtenir leur assimilation aux créanciers gagistes.

Derrière la question d'apparence technique, celle de l'évolution historique de l'assiette du gage, l'enjeu véritable consiste donc à identifier les catégories sociales de créanciers qui ont pu obtenir le statut de « créancier économiquement prévoyant » : celui de 1804 n'incluait pas le vendeur à crédit, créancier économiquement utile, ni celui du prêteur quelconque.

a/ La logique du gage sous le droit de 1804 *: le créancier contractuel prévoyant*

653. En 1804, le législateur avait repris de l'Ancien Droit les conditions relativement strictes posées au gage : le débiteur devait **se déposséder** du bien gagé, en faveur du créancier gagiste. Cette exigence limitait le recours au gage, mais permettait aussi d'en circonscrire les effets pervers au détriment des « autres créanciers ».

L'*exigence d'une dépossession* de la part du débiteur s'expliquait par la logique profonde qui pouvait animer le créancier gagiste[1] : créancier économiquement prévoyant, en situation de puissance (d'où le recours au contrat), il aurait pu devenir immédiatement propriétaire du bien remis par le débiteur. L'hésitation entre un paiement immédiat et un paiement différé sécurisé[2] justifie, selon une logique individuelle de paiement, le droit prioritaire au paiement du créancier gagiste. Le bien de valeur, remis à titre préventif pour sûreté de la dette, aura vocation à éteindre la dette, en cas d'impayé, grâce à la technique de l'attribution judiciaire.

[1] Anc. art. 2071 c. civ., « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ». Le code civil poursuivait, par une annonce de plan : selon l'art. 2072, le gage était un nantissement de meubles, tandis que l'antichrèse était un nantissement d'immeuble.

[2] C'est ce qui expliquait pourquoi le gage figurait dans l'ancien titre XVII, alors que les privilèges et hypothèques faisaient l'objet du titre XVIII, relatif au paiement collectif des créanciers.

L'exigence de dépossession conduisait également à limiter les effets pervers à l'égard des *autres créanciers* : l'exigence de dépossession signifiait que le gage ne s'appliquait qu'à un meuble *inutile* au débiteur (dont il pouvait se déposséder[1] : on ne gage pas son outil de travail, ni sa nourriture), bien meuble *actuel* que le débiteur aurait pu vendre ou échanger[2] (on ne peut pas remettre la possession d'un bien futur). Les autres créanciers, en mesure de jauger la solvabilité apparente de leur débiteur, ne comptaient pas sur les biens dont le débiteur n'avait plus la possession (et qu'il aurait pu vendre). Les autres biens présents (en possession) du débiteur et les biens futurs (que le débiteur allait acquérir par son industrie), figuraient dans le droit de gage général des autres créanciers.

Dans ces conditions, les *prérogatives* dont le gagiste était investi, prérogatives qui lui permettaient d'être intégralement et effectivement payé, n'entraînaient que des inconvénients relativement mineurs pour les autres créanciers : *ils étaient surclassés sur un bien qui n'appartenait plus que formellement au débiteur*[3].

653-1. L'impact du contrat de gage (avec dépossession) sur les tiers (autres créanciers) avait conduit les codificateurs à poser des conditions strictes d'**opposabilité**[4] : la date certaine du contrat de gage (écartée en présence d'un gage commercial[5]) imposait aux parties de décrire les biens gagés, afin qu'un créancier ne devienne pas frauduleusement créancier gagiste (lorsque le débiteur sent venir la faillite). Quant à la créance garantie, elle était aussi bien présente que future (donc éventuelle) : il suffisait qu'elle fût déterminable (ainsi : un dépôt de garanti, lors d'un contrat de location).

Dès 1804, l'articulation entre la logique collective et la logique individuelle a été délicate : le principe collectif doit-il s'appliquer au créancier gagiste ? Oui, dans une certaine mesure : le créancier gagiste ne pourra, sauf exception, exercer ses prérogatives que lors de la période de liquidation : il subit la suspension des paiements imposée pendant la faillite, et son droit de préférence ne s'explique que par la pénurie. Mais le créancier gagiste, lorsque le débiteur est substantiellement insolvable, conserve son droit à l'attribution judiciaire et son droit de

[1] Dès 1804, l'anc. art. 2075 prévoyait aussi le gage sur créances (mobilières), malgré son caractère incorporel. Par la suite, l'art. 2075-1 c. civ., issu de la loi du 5 juill. 1972, a permis de gager, de manière générale les « *sommes, effets ou valeurs* », au profit du créancier saisissant (lequel, en 1804, en était exclu, en raison du principe de l'égalité entre les créanciers : pourquoi accorder une cause de préférence à un créancier impayé et saisissant ?).

[2] Pouvant effectivement aliéner son bien, le débiteur gérait donc son patrimoine librement : les autres créanciers n'avaient aucun droit acquis au maintien de la consistance du patrimoine de leur débiteur.

[3] Sachant que si le débiteur était apparemment solvable (propriété de son immeuble), chacun des créanciers savaient qu'il fallait consulter le registre tenu au bureau des hypothèques.

[4] Afin que les autres créanciers ne soient pas lésés, il était exigé que le contrat de gage ait date certaine : anc. art. 2074 c. civ. : « Ce privilège n'a lieu à l'égard des tiers qu'autant qu'il y a eu un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des biens donnés en gage, ou un état annexé de leur qualité,poids et mesures. »

[5] L'art. 521-1 c. com. permet la preuve par tous moyens, conformément à l'art 110-3 c. com. (anc. art. 109 anc. c. com.), selon lequel « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peut se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi »

rétention. Ces prérogatives résultant de la logique individuelle n'ont pas été explicitement gelées en cas de procédure collective.

654. Pendant tout le XIX^e^ siècle, l'**équilibre** entre les prérogatives du créancier gagiste (créancier économiquement prévoyant) et la situation des autres créanciers (soumis à la procédure collective) n'a pas suscité de grandes difficultés.

– Le créancier gagiste était un créancier à part, soumis à la logique collective (avec son droit de préférence classique : sûreté de 4ème phase), mais pouvant y échapper. La logique individuelle du gagiste procure deux avantages massifs : tant que la dette n'est pas intégralement remboursée, l'assiette du gage est gelée au profit du seul gagiste ; ce dernier est également le seul à pouvoir obtenir l'attribution judiciaire (sûreté de 2ème phase).

– À la fin du XIX^e^ siècle, l'apparition des sociétés de capitaux (avec son corollaire : l'apurement du passif en cas de faillite) a conduit un certain nombre de créanciers (exposés à l'accroissement du risque d'impayé) à considérer avec envie la situation du créancier gagiste.

b/ La logique du gage au XX^e^ siècle *: l'inclusion de certains créanciers économiquement utiles*

655. La **logique du gage au XX^e^ siècle** a évolué pour inclure certains créanciers économiquement utiles : les fournisseurs et surtout les banquiers ont réclamé une revalorisation de leur position, par le biais de leur assimilation au créancier gagiste. La justification de leur prétention butait néanmoins sur une réalité économique.

La justification de la prétention des fournisseurs et des banquiers s'expliquait par l'accroissement du risque d'impayé auquel ils étaient confrontés, alors même qu'ils finançaient une *activité économiquement utile* au débiteur.

– Le vendeur de meubles, en tant que créancier économiquement utile, était déjà doté d'un privilège (mobilier spécial, sur le meuble vendu et impayé), mais (à l'époque) mal classé (comprendre : éventuellement surclassé par d'autres créanciers, notamment les créanciers sociaux).

– Quant au prêteur, aucun privilège spécifique ne lui était accordé[1]. Il aurait fallu, lorsque le banquier prête une somme d'argent spécialement destinée à l'acquisition d'un bien, le faire bénéficier de la subrogation à raison du privilège du vendeur de meubles[2].

Ces deux catégories de créanciers, vendeurs (fournisseurs) et surtout prêteurs (banquiers), sollicitaient du législateur une revalorisation de leurs sûretés réelles, justifiée par leur utilité économique.

Cette prétention se heurtait toutefois à une *réalité économique* évidente : le recours au gage traditionnel (avec dépossession) était impraticable.

– On imagine mal, en effet, qu'un consommateur accepte d'acheter une voiture à crédit pour la remette immédiatement, en gage, à son banquier ; ou qu'un entrepreneur achète du matériel d'équipement et doive s'en séparer immédiatement au profit de son fournisseur.

– Économiquement, ces agents économiques sont, purement et simplement, des créanciers. Ils ne peuvent qu'hésiter entre accepter ou refuser le contrat : leur situation (de créanciers économiquement utiles, avec droit de préférence) n'a rien de commun avec la situation du créancier gagiste traditionnel (économiquement prévoyant, qui avait déjà la main sur certains meubles).

L'absence de possession exercée à titre préventif sur un actif substantiel de leur débiteur rendait donc les prêteurs et vendeurs à crédit inassimilables au gagiste traditionnel.

D'où une question : ne serait-il pas possible d'imaginer de nouvelles figures, conduisant ces créanciers à échapper à leur statut d'« autres créanciers », en obtenant les avantages traditionnellement reconnus aux créanciers économiquement prévoyants ?

656. Le législateur a alors inventé les **gages sans dépossession** dotés d'effets proches du gage ou même identiques au gage, mais avec une différence radicale : le débiteur

[1] Le prêteur pur et simple, qui prête une somme d'argent dont l'affectation est librement déterminée par l'emprunteur, ne bénéficiait pas d'un privilège, puisque rien ne permet d'affirmer que l'opération est économiquement utile au débiteur. Elle peut l'être, comme elle peut ne pas l'être : ce qui compte, ce n'est pas l'utilisation des fonds empruntés, c'est l'acte d'emprunt lui-même. Hésitant entre la conclusion du contrat ou le refus, le prêteur avait la possibilité de prêter sur gage : il devenait alors un créancier économiquement prévoyant.

[2] En présence d'un paiement avec subrogation (lorsqu'un tiers paye le créancier, pour le compte du débiteur), l'art. 1346-1 c. civ. prévoit une subrogation expresse, certes, qui « s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur. » Le prêteur aurait alors pu bénéficier du privilège du vendeur de meubles.

conserve la possession du bien gagé (comme avec l'hypothèque[1]). Les *gages sans dépossession naissaient*, à des conditions strictes :

– Premièrement, *seuls certains biens légalement énumérés* (matériel d'équipement[2], automobile[3] …) pouvaient faire l'objet d'un gage sans dépossession. Le législateur entendait diriger l'activité économique, en incitant à la consommation de ces biens (censés produire des effets macro-économiques jugés souhaitables)[4].

– Deuxièmement, l'inscription sur registre à bref délai portait uniquement *sur les biens financés*. L'objectif était d'indiquer clairement aux tiers, et notamment aux autres créanciers qu'ils ne pouvaient pas compter sur un actif important figurant dans le patrimoine du débiteur. La durée de l'inscription correspondait au temps prévisible du remboursement (souvent cinq ans), avec possibilité de renouvellement.

Entre le gage spécial et le bien vendu (ou la somme prêtée pour son acquisition), il existait un lien de nécessité : ce lien était précisément la mesure de l'*utilité économique* que ces créanciers pouvaient invoquer.

Certains créanciers économiquement utiles ont donc pu être assimilés au gagiste. En obtenant une possession fictive (permettant de geler leur assiette envers les autres créanciers) et l'attribution judiciaire (permettant d'obtenir un surclassement), ces créanciers économiquement utiles ont pu notablement réduire leur risque d'impayé. Ce fut là le produit d'une décision politique. Le législateur, au XX^e^ siècle, s'engagea dans un mécanisme d'inflation des sûretés réelles, qui ne faisait que débuter.

[1] Avant l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, l'hypothèque ne conférait qu'un droit de préférence. Seule lassimilation au gage permettait alors d'obtenir l'attribution judiciaire.

[2] Issu de la loi n°52-59 du 18 janvier 1951, le nantissement de matériel d'équipement est désormais réglementé aux art. 525-1 et suiv. c. com.

[3] Désormais : art. 2351 à 2353 c. civ.

[4] La grande variété de ces gages sans dépossession avait conduit la doctrine à parler de « balkanisation », qui se retrouvait dans la dénomination choisie : hypothèque mobilière et warrant sans dépossession.
La doctrine parlait "d'hypothèque mobilière" à propos de trois meubles corporels spécifiques, soumis à immatriculation obligatoire à savoir les bateaux de mer (hypothèque maritime : loi du 3 janv. 1967), de rivière (hypothèque fluviale : loi du 5 juill. 1917) et les aéronefs (loi du 31 mai 1924) : ces gages octroyaient au créancier nanti un droit de suite, mais pas un droit de rétention.
Le warrant hôtelier (art. L. 523-1 et suiv. c. com.), qui permet à l'hôtelier de gager les meubles de l'hôtel, est devenu rare : les hôteliers préfèrent recourir au nantissement de fonds de commerce, dont l'assiette est plus large (outre les meubles, les éléments incorporels). Il semble que le warrant pétrolier, dont l'assiette porte sur les stocks de produits pétroliers (art. L. 524-1 et suiv. c. com.) soit rarissime. Le warrant agricole (art. L. 342-1 et suiv. c. rur.) permet à un agriculteur de gager son matériel agricole, ses récoltes ou ses animaux. Les biens gagés ne sont ici ni nécessairement présents (récoltes, animaux futurs), ni individualisés (les récoltes sont fongibles), ni meubles (les récoltes pendantes sont des immeubles par nature, comme le matériel, immeuble par destination) : contrairement au gage traditionnel, avec dépossession, le gage peut donc porter sur des biens futurs, fongibles, et immeubles.

c/ La logique du gage avec l'ordonnance de 2006 *: l'inclusion du prêteur*

657. La **logique du gage avec l'adoption de l'ordonnance de 2006** a conduit à une extension massive de l'assiette du gage. La liberté contractuelle permet désormais aux créanciers gagistes de détenir fictivement des biens qu'ils ont ou non financés.

L'assiette du gage peut inclure *tous les meubles* du débiteur[1], aussi bien présents que futurs. Pour garantir le remboursement de la dette (présente comme future), l'assiette élargie du nouveau créancier gagiste emporte deux conséquences essentielles.

- Premièrement, il ne sera plus nécessaire que l'opération financée soit économiquement utile au débiteur. Peu importe l'emploi la somme prêtée : il n'existe aucun lien (de connexité) entre le meuble figurant dans l'assiette et la dette (financement des études, d'un achat immobilier …).
- Deuxièmement, comme l'assiette du gage peut inclure des meubles futurs, d'autant plus facilement qu'une dépossession du débiteur n'est plus requise, il en résulte que celui qui finance un bien (sans être payé comptant) risque de voir le bien affecté à la garantie du gagiste. Le banquier qui inclut dans son gage-nantissement les meubles (futurs) du logement sera en conflit avec le fournisseur impayé des meubles.

L'assiette du gage permet désormais de gager le présent comme l'avenir (biens et revenus futurs). La solution conduit à redéfinir la notion de créancier « économiquement prévoyant ». L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 n'a pas profondément remis en cause les solutions acquises en 2006.

(658. : réservé)

659. Les **créanciers gagistes contemporains** inclus dans la catégorie des « créanciers économiquement prévoyants » sont donc devenus nombreux. On y trouve ceux qui exercent une prérogative préventive (avec la dépossession du débiteur) ; ceux qui y sont assimilés en raison de leur utilité économique (mais sans exercer de possession) ; et ceux qui ont la puissance suffisante pour imposer un contrat à leur débiteur. Tous ces créanciers gagistes pourront en devenir propriétaires en cas de défaillance (attribution judiciaire).

[1] Le législateur a également consacré un gage immobilier, portant sur les immeubles présents du débiteur : mais la solution se borne à reprendre la logique de l'antichrèse. Voir : art. 2387 c. civ. : « Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; il emporte dépossession de celui qui le constitue. »

Pour l'essentiel, ce sont donc les créanciers contractuellement puissants qui ont bénéficié de l'obtention de l'attribution judiciaire : les banquiers, prêteurs économiquement utiles (gages sans dépossession) puis prêteurs quelconques, seront les grands bénéficiaires de l'extension de l'assiette d'un gage qui leur offre une prérogative spécifique (l'attribution judiciaire).

2/ La conclusion du gage et du nantissement : *la liberté contractuelle*

660. La **conclusion du contrat** de gage, conclu entre le débiteur et le créancier, repose sur l'accord des parties. Le gage est une sûreté conventionnelle : on imagine mal comment un créancier contractuel en situation de faiblesse relative (salarié, créancier d'aliments) ou un créancier légal (trésor public, sécurité sociale, victime accidentée) pourrait imposer la conclusion d'un tel contrat. L'accès au gage sans dépossession garantira quelques fournisseurs, et surtout les banquiers.

Dans ce contrat de gage, une seule formalité (simple) est exigée, à savoir la rédaction d'un écrit : selon l'article 2336 c. civ., « le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ». Cet écrit contiendra deux mentions destinées à fixer l'objet du contrat (c) : désigner le bien gagé (l'assiette du gage) (a), ainsi que la dette garantie (b).

a/ Le domaine de l'assiette : *les biens présents et futurs*

661. Le domaine de l'**assiette** des biens susceptibles de gage ou de nantissement s'est étendu à tous les biens mobiliers : on y trouve les meubles corporels dont la possession est obtenue par le créancier gagiste (traditionnel), des meubles corporels en possession du débiteur, ainsi que ses meubles incorporels (nantissement). Depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, les immeubles par destination (panneaux solaires, antennes 5G ...) peuvent également être gagés (art. 2334 c. civ.[1]).

Le *gage avec dépossession* (du débiteur), maintenu par l'ordonnance de 2006, est la figure traditionnelle du gage. Supposant la remise d'un meuble corporel de valeur, l'assiette de ce gage porte nécessairement sur un meuble corporel *présent* ; ce meuble

[1] Art. 2334 c. civ. (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) : « Le gage peut avoir pour objet des meubles immobilisés par destination.
« L'ordre de préférence entre le créancier hypothécaire et le créancier gagiste est déterminé conformément à l'article 2419. »

sera conservé soit par le gagiste, soit par un tiers, dans des magasins généraux (gage par entiercement : art. 2337 al. 2 c. civ.[1]). La possession effective du gagiste, créancier effectivement prévoyant, donnera lieu à quelques avantages particuliers, liés à la mainmise matérielle exercée sur le meuble (ou le stock), notamment en cas de conflit avec d'autres gagistes.

Le *gage sans dépossession* a pour assiette des biens meubles corporels quelconques, présents comme futurs (art. 2333 c. civ.[2]). Lorsque le débiteur gage ses meubles futurs, il sera impossible de les désigner précisément, puisqu'ils ne sont pas encore acquis (ou produits[3]). La convention désignera ces biens par masse (art. 2333 c. civ. : « un ensemble de biens mobiliers corporels ») : tout le stock[4], présent et futur (art. 2342 c. civ.[5]) ; les véhicules ou outillages dont le débiteur est et sera propriétaire ; les meubles meublants présents dans tel local ou les récoltes des années prochaines. Les biens seront suffisamment identifiés par leur appartenance à une universalité de fait.

Enfin, le *nantissement* aura pour assiette les *meubles incorporels*, *présents comme futurs*. L'article 2355 al. 1er c. civ.[6] reprend la désignation englobante de l'article 2333 c. civ.[7], en l'appliquant simplement aux meubles incorporels :

- ils sont soit identifiés (tel brevet ; tel compte bancaire en espèces ou en titres ; tel contrat d'assurance-vie), soit désignés par masse (« un ensemble de biens meubles incorporels » : les parts sociales de telle société).

[1] Art. 2337 c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.
« Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) « ou du titre qui, tel un connaissement, le représente ». »

[2] Art. 2333 al.1er c. civ. : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. »

[3] Civ. 1ère, 12 novembre 2015, n°14-23.106, Bull. ; LDC 2016, n°6084, note Gaëlle Marraud des Grottes ; D. 2016, p. 178, note Christophe Juillet : le warrant agricole, variété de gage, porte soit sur les récoltes pendantes par les racines (art. L. 342-1 code rural et de la pêche maritime), soit sur les récoltes futures (art. 2333 c. civ.).

[4] Les modalités de publicité du gage de stocks sont fixées par un décret n°2016-1330 du 6 octobre 2016, pris en application de l'ordonnance n°2016-56 du 29 janvier 2016 réformant le régime juridique du gage des stock, ratifiée par l'article 107 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[5] Art. 2342 c. civ. « Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) «, sauf convention contraire, » peut les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. »

[6] Art. 2355 c. civ. : « Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.
« Il est conventionnel ou judiciaire.
« Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables aux procédures civiles d'exécution.
« Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.
« Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) " à l'exclusion du 4° de l'article 2286 ".

[7] Art. 2333 c. civ. : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.
« Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables. »

– Le nantissement peut porter sur les créances dues par des sous-débiteurs (créances sur la clientèle, salaires).

Le capital incorporel et toutes les rentrées financières du débiteur peuvent donc figurer dans l'assiette du créancier nanti.

L'article 2361 c. civ.[1] précise que l'opposabilité aux tiers est acquise « dès la date de l'acte » : aucun créancier impayé n'a vocation (sauf exception[2]) à réclamer quoi que ce soit sur une créance déjà nantie ; entre les créanciers nantis, la règle de l'antériorité réglera les éventuels conflits (art. 2362-1 c. civ.[3]).

662. En somme, **l'assiette** dévolue au créancier gagiste-nanti est potentiellement englobante, ce qui conduit à deux types de conséquences.

La première résulte de l'inclusion des biens futurs : l'assiette du gagiste-nanti a vocation à s'accroître des meubles acquis au fur et à mesure par le débiteur. Or, ces meubles ont-ils été payés ? L'inclusion des meubles futurs dans l'assiette du gagiste-nanti conduira à des conflits avec des créanciers économiquement utiles impayés (lesquels auront intérêt à savoir protéger leurs intérêts, afin d'éviter que le meuble qu'ils financent intègre l'assiette du gagiste-nanti). Le vendeur de meubles, avec son privilège (droit de préférence), sera surclassé.

La seconde conséquence résulte de l'extension du gage portant sur les choses fongibles ou dématérialisées : le gagiste-nanti devient parfois quasi-propriétaire de l'assiette.

– Si une clause permet au créancier (gagiste avec dépossession) de n'avoir à restituer que des choses pareilles, le gage avec dépossession de choses fongibles produit l'effet d'une propriété-sûreté. Le créancier devra uniquement restituer en cas de remboursement ; il aura la pleine propriété (et l'usage) des choses fongibles. Le gage de choses fongibles suit alors le régime du gage-espèces.

[1] Art. 2361 c. civ. : « Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) « En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen. ». »

[2] Sur l'inopposabilité au trésor public d'un nantissement de créance. L'avis à tiers détenteur, permettant aux salariés d'obtenir paiement, prévaut en vertu de l'article R 3252-37 c. trav. Voir : Civ. 2e, 1er déc. 2016, n°15-27.303, D. 2016. 2580 : « l'avis à tiers détenteur suspend la procédure de saisie des rémunérations en cours dès sa notification » ; infra n°668

[3] Art. 2361-1 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Lorsqu'une même créance fait l'objet de nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre des actes. Le créancier premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement. »

– Le nantissement de créance suit un régime similaire à la cession (fiduciaire) de créance : le sous-débiteur paye directement le créancier nanti ou le cessionnaire[1].

L'assiette englobante dévolue au créancier gagiste-nanti aura donc un impact significatif sur les autres créanciers, d'autant plus que le montant de la dette garantie risque d'être important.

b/ La dette garantie : *une dette présente ou future*

663. La **dette garantie**, selon l'article 2333 al. 2 c. civ. (applicable au gage et au nantissement[2]), est aussi bien présente (née lors de la constitution du gage-nantissement) que future (à naître, après la constitution du gage-nantissement). Le débiteur pourra ainsi obtenir du crédit au fur et à mesure qu'il remboursera ou en fonction de l'évolution de la valeur de ses actifs mobiliers.

En présence d'une dette future, l'article 2333 c. civ.[3] exige simplement qu'elle soit déterminable. La dette future sera déterminée, quand elle porte sur les mensualités d'un crédit, à raison d'un contrat déjà conclu mais à exécution successive. Elle sera déterminable, à raison de tout crédit que le créancier accordera à son débiteur. Il s'ensuit qu'il n'est *pas exigé que le montant de la dette soit connu ou chiffré*. La jurisprudence devra préciser si une dette future sera suffisamment déterminable, lorsque seule la qualité du créancier et du débiteur est indiquée. A priori, l'affirmative résulte de la logique de l'ordonnance.

Le *gage est rechargeable* : la clause contractuelle garantissant le créancier à raison des dettes futures signifie que le créancier gagiste ou nanti prendra en compte l'évolution de la valeur de son assiette. Si la valeur du compte de titres du débiteur augmente, le créancier pourra accorder un nouveau crédit. De même, au fur et à mesure que le débiteur rembourse, le créancier pourra recharger en accordant de nouveaux crédits. La valeur des meubles du débiteur pourra être entièrement utilisée : le débiteur bénéficiera

[1] Avec toutefois une différence en défaveur du nantissement, depuis Civ. 1ère, 11 mai 2017, n°16-12.811, Bull. ; JCP 2017, éd. G, Act., 637, note Marc Mignot ; RGDA 2017, p. 444, note Luc Mayaux : le créancier nanti sur un contrat d'assurance-vie est considéré comme dépourvu de la possession, de sorte qu'il subit la prescription extinctive. La solution surprend : le créancier nanti aurait pu sans difficulté se voir reconnaître une possession fictive, analogue à celle reconnue au gagiste sans dépossession.

[2] La règle est spécialement prévue pour le nantissement de créances (art. 2356), mais tout indique (art. 2355) qu'elle vaut pour tous les meubles incorporels. Art. 2355 al.4 et 5 c. civ. : « Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre./ Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels. »

[3] Art. 2333 c. civ. : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.

« Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables. »

d’une politique de crédit souple (résultat escompté par les rédacteurs de l’ordonnance), ajustée à la valeur de son actif mobilier. Un contrat unique garantira des crédits multiples, ce qui réduira les frais.

La mobilisation de la valeur des meubles, par le rechargement du gage-nantissement, conduira probablement le créancier gagiste-nanti à figurer parmi les gros créanciers. En cas de défaillance du débiteur, prélude fréquent au constat de son insolvabilité, il est probable que le créancier gagiste-nanti (s’il opte pour l’attribution judiciaire) ne laissera qu’une faible valeur résiduelle aux autres créanciers impayés.

c/ Le contrat : *le créancier « contractuellement prévoyant »*

664. Le **contrat** conclu entre le débiteur et le créancier gagiste-nanti fixera les paramètres essentiels de l'opération : montant de la dette garantie, durée de l’opération, éventuellement les prérogatives exceptionnelles dont le créancier bénéficiera. L’ordonnance ne limite la liberté contractuelle que ponctuellement.

– Premièrement, la clause de voie parée est interdite (art. 2346 c. civ.[1]) : les parties ne peuvent pas déroger aux règles d’ordre public fixant la procédure d’exécution forcée.

– Deuxièmement, le débiteur doit être propriétaire des biens gagés (art. 2335 c. civ.[2]). La règle est logique : le débiteur ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en possède.

À une exception près, le gage et le nantissement sont réservés au *créancier contractuel*. Il en est le bénéficiaire exclusif dans le gage : « Le gage est une convention » (art. 2333 al. 1er c. civ.). La conclusion de ce contrat suppose que le créancier est en position de puissance suffisante envers le débiteur. Il en va de même avec le nantissement : le créancier contractuel en le principal bénéficiaire, mais l’article 2355 c. civ.[3] admet le nantissement *judiciaire*, en réalité au profit des créanciers saisissants[4] (selon l’article 2355 al. 3 c. civ., « Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables

[1] Art. 2346 c. civ. : « A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger. » Voir : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés JORF n°71 du 24 mars 2006 page 4467 texte n°28 « L'impossibilité pour les parties de déroger aux règles applicables en matière de procédure civile d'exécution pour organiser la vente du bien gagé est toujours affirmée par l'article 2346 (prohibition de la clause de voie parée) ».

[2] Art. 2335 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Le gage de la chose d'autrui peut être annulé à la demande du créancier qui ignorait que la chose n'appartenait pas au constituant. »

[3] Art. 2355 al. 2 et 3 c. civ. : le nantissement « est conventionnel ou judiciaire.
« Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables aux procédures civiles d'exécution. »

[4] Art. L 211-2 al. 1er c. proc. civ. d'ex. : « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie (...) ».

aux procédures civiles d'exécution »). Pour l'essentiel, sauf mesure d'exécution légalement permise, le nantissement et le gage sont de source contractuelle.

Les parties conviendront de leurs obligations par des clauses dactylographiées. La seule formalité imposée, à peine de nullité, est un écrit[1] : selon l'article 2336 c. civ., « le gage est parfait par l'établissement d'un écrit ». L'exigence d'un écrit dactylographié, simple acte sous seing privé, n'est pas une formalité contraignante.

665. Les **mentions** que doit contenir l'écrit du contrat de gage imposent de distinguer entre les clauses obligatoires, parce qu'essentielles, et celles dont les parties pourront convenir, en employant leur liberté contractuelle.

Les *clauses essentielles*, exigées à peine de nullité, doivent fixer l'objet suffisamment déterminé de la convention (art. 2336 c. civ.[2]) : une clause dactylographiée devra identifier les dettes couvertes (présentes, futures) et l'assiette des meubles dévolus au gagiste et nanti.

- L'assiette, qui peut inclure des biens futurs ou désignés par masse, sera désignée de façon relativement sommaire (le créancier pouvant exiger un stock minimal de marchandises : art. 2344 al.2 c. civ.[3]).
- La désignation de la dette garantie sera suffisante lorsque créancier et débiteur sont identifiés (art. 2333 al. 2 c. civ.[4]) : il n'est pas exigé que la dette garantie soit chiffrée, mais le décret d'application (qui pose des conditions que la loi ne prévoit pas) impose le chiffrage[5].

Les autres clauses du contrat de gage-nantissement dérogent aux *règles supplétives de volonté* prévues par le législateur.

---

[1] Également imposé dans le nantissement. Art. 2356 c. civ. : « A peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit./ Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte.
« Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. »

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

[3] Art. 2344 al. 2 c. civ. : « Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. »

[4] Art. 2333 al. 2 c. civ. : « Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables. »

[5] Selon le décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, art. 2 : « Le créancier remet ou adresse au greffier du tribunal de commerce l'un des originaux de l'acte constitutif de la sûreté ou une expédition si l'acte est établi sous forme authentique.
« Un bordereau en deux exemplaires est joint à l'acte.
« Il comporte : (…)

> 3° Le montant de la créance garantie en principal, la date de son exigibilité, l'indication du taux des intérêts ainsi que, le cas échéant, la mention de l'existence d'un pacte commissoire. Pour les créances futures, le bordereau mentionne les éléments permettant de les déterminer ».

– Selon l'article 2358 c. civ., « Le nantissement de créance peut être constitué pour un temps déterminé » : à défaut de précision contraire, ce contrat de nantissement sera conclu à durée indéterminée.

– Une autre clause pourra préciser si le créancier bénéficie du pacte commissoire (art. 2348 c. civ.[1]), lui permettant de devenir propriétaire des biens (individualisés) gagés dès que le débiteur est défaillant : le déclencheur du gage peut donc être relativement précoce.

– Une clause pourra préciser que le débiteur ne peut pas vendre les biens faisant l'objet d'un gage sur stock sans dépossession (art. 2342 c. civ.[2]). Dans le silence du contrat, depuis l'ordonnance de 2021, le débiteur peut aliéner les biens en stock (à charge de les remplacer[3]) ;

– Enfin, le contrat de gage avec dépossession portant sur des choses fongibles peut prévoir que le créancier ne restituera que des choses pareilles, en cas d'exécution complète du débiteur (art. 2341 al. 2 c. civ.[4]), ce qui transforme alors le gage en propriété-sûreté (fiducie-sûreté : infra) ; dans le silence du contrat, le gagiste doit conserver séparées les choses fongibles que le débiteur lui a remises. Il existe une exception avec la monnaie : le dépôt de garantie (gage-espèces) est la propriété plénière du gagiste[5].

La liberté contractuelle, par des clauses écartant une disposition supplétive de volonté, permet notamment aux parties de fixer la *date déclenchant le transfert de la propriété*. Normalement, ce transfert de propriété obéit à une procédure (attribution judiciaire) postérieure à la défaillance du débiteur ; mais ce transfert peut être plus précoce, dès la défaillance (pacte commissoire), ou encore immédiatement quand la convention prévoit que le gage de choses fongibles rend le gagiste propriétaire plénier, et uniquement débiteur de la restitution.

---

[1] Art. 2348 c. civ. : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. (...). »

[2] Art. 2342 c. civ. « Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) «, sauf convention contraire, » peut les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. »

[3] Art. 2342-1 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Lorsque le constituant a la faculté d'aliéner les biens gagés dans les conditions prévues par les articles 2341 ou 2342, les biens acquis en remplacement sont de plein droit compris dans l'assiette du gage. »

[4] Art. 2341 c. civ. : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344.
« Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. »

[5] Un résultat équivalent est atteint en présence d'un nantissement de créance : le sous-débiteur nanti paye le seul créancier nanti, comme en présence d'une cession de créance.

Les mentions contenues dans le contrat de gage-nantissement sont donc, somme toute, relativement succinctes. Le débiteur engage tout ou partie de son patrimoine mobilier, présent comme futur, par une simple signature apposée sur un document dactylographié désignant l'assiette et la dette. Pour que ce document puisse produire ses effets, notamment envers les tiers, il faudra que le créancier le fasse publier.

3/ L'opposabilité envers les tiers du contrat de gage et de nantissement

666. L'**opposabilité aux tiers** du contrat de gage-nantissement permet au créancier d'imposer aux tiers, dès qu'ils seront réputés informés, de respecter le contrat de gage-nantissement conclu avec le débiteur.

L'ordonnance du 23 mars 2006 prévoit trois types de publicité : le gage sans dépossession et le nantissement sont opposables par l'inscription ; le gage avec dépossession l'est par la dépossession ; un cas particulier est prévu pour le nantissement de créance.

667. En présence d'un **gage sans dépossession ainsi que d'un nantissement** portant sur un meuble incorporel autre qu'une créance ou un compte[1], l'opposabilité aux tiers résulte de la « publicité qui en est faite » (art. 2337 al. 1er c. civ.[2]) par *inscription sur un registre* spécial[3] (art. 2338 c. civ.[4]) prise pour cinq ans[5], sauf renouvellement (lorsque la dette n'est pas intégralement payée par le débiteur). Les tiers consulteront le registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes[6].

Aucune condition de *délai* n'est imposée pour procéder à l'inscription, contrairement aux exigences posées antérieurement[7]. Les rédacteurs de l'ordonnance ont suivi le

[1] Par renvoi effectué par l'art. 2355 c. civ. au gage. Art. 2355 al. 4 et 5 c. civ. : « Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.
Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels. »

[2] Art. 2337 al. 1er c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. »

[3] Décret n°2006-1804 du 23 déc. 2006, pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, art.6.

[4] Art. 2338 c. civ. : « Le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'Etat. »
(ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) « Sauf s'il est soumis à l'article 2342, le gage portant sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés est publié par une inscription sur un registre tenu par l'autorité administrative dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. L'inscription d'un tel gage fait obstacle à toute nouvelle inscription sur le même véhicule. »

[5] Art. 7 du décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession : « L'inscription conserve le gage pendant cinq ans à compter du jour de sa date. Son effet cesse si l'inscription n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai. Dans ce cas, le greffier procède d'office à la radiation de l'inscription ».

[6] Art. R. 521-7 c. com., issu du décret n°2021-1887 du 29 décembre 2021

[7] Dans les gages spéciaux sans dépossession, le lien entre l'assiette (chose financée ou vendue) et le contrat principal (la vente, le prêt) était la mesure de l'utilité de l'opération. Ces gages devaient être inscrits à bref délai afin que les tiers soient ne soient pas trompés par une solvabilité trompeuse de leur débiteur.

modèle de l'hypothèque : le créancier gagiste-nanti (créancier économiquement prévoyant) a intérêt à inscrire rapidement, car l'inscription est attributive de rang (art. 2340 al. 1er c. civ.[1]). Après cinq ans, l'inscription est périmée ; en cas de paiement (anticipé) par le débiteur, l'inscription est radiée (art. 2339 c. civ.[2]). Le renouvellement de l'inscription est possible, même quand l'inscription est paralysée, en cas de faillite du débiteur.

À la date de l'inscription, tout tiers est réputé informé de l'existence du gage et de son assiette[3] (laquelle peut inclure des biens futurs). Cette *opposabilité erga omnes*, aisément acquise, risque de nuire au vendeur de meubles, créancier économiquement utile : lorsque le débiteur acquiert un meuble postérieurement à la publicité du gage, le meuble (futur) entre dans l'assiette du gagiste. Le vendeur impayé, avec son privilège, risque d'être surclassé par le gagiste, auquel est assimilé le bailleur (art. 2332-2 c. civ.[4]). Pour éviter ce résultat, le vendeur de meubles devra obtenir une propriété-sûreté (infra, propriété réservée).

668. En présence d'un **gage avec dépossession** (figure ancienne), l'opposabilité aux tiers résulte de la dépossession du débiteur (art. 2337 al. 2 c. civ.[5]). Il suffit que le bien soit confié au créancier ou à un tiers (gage par entiercement) (art. 2337 al. 2 c. civ.), pour que les tiers en soient suffisamment avertis.

Il en résulte un *conflit potentiel avec un créancier gagiste sans dépossession*. Lorsqu'un gagiste prend possession d'un bien sur lequel un gage sans dépossession est préalablement inscrit, il existe un conflit potentiel, réglé par l'article 2340 al. 2 c. civ. : « Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier. » En cas de confit entre un gagiste sans dépossession et un

[1] Art. 2340 c. civ. : « Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription. »

[2] Art. 2339 c. civ. : « Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais. »

[3] Il semble toutefois que la procédure administrative à suivre pour obtenir effectivement l'inscription soit plus complexe. Non seulement le décret n°2006-1804 du 23 déc. 2006 fixe des conditions qui n'apparaissent pas dans la loi, mais une circulaire prétend aussi catégoriser les biens sujets à gage.

[4] Art. 2332-3 c. civ. : « Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit : (…) 2°Le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ; (…) 4°Le privilège du vendeur de meuble ; »

[5] Art. 2337 c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.
« Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet. »

gagiste avec dépossession, le texte affirme deux choses, et en laisse deux autres dans l'ombre.

– Premièrement, lorsque le conflit porte sur le droit de préférence (4ème phase de l'exécution forcée), le gagiste antérieur (sans dépossession) l'emporte sur le gagiste postérieur (avec dépossession). La règle de l'antériorité a permis au gagiste antérieur de rendre son contrat opposable aux tiers (incluant le gagiste postérieur comme le tiers-acquéreur). L'opposabilité par l'inscription se limite toutefois à la phase de répartition.

– Deuxièmement, le texte réserve l'hypothèse du droit de rétention. Le gagiste avec dépossession peut opposer son droit de rétention, y compris au gagiste antérieur (sans dépossession). C'est le sens du « nonobstant »[1], c'est-à-dire « sans empêcher » le droit de rétention, qui octroie un droit au versement du prix (infra). L'opposabilité de la rétention permet alors au gagiste avec dépossession de surclasser le gagiste sans dépossession (c-à-d., à l'époque, sans rétention). En substance, *une sûreté de 3ème phase l'emporte sur une sûreté de 4ème phase*.

– Troisièmement, le texte ne traite pas du conflit portant sur le droit de rétention. En 2006, c'était logique puisque seul le gagiste avec dépossession en disposait. Mais depuis la loi du 4 août 2008, ayant réformé l'article 2286 4°c. civ., le gagiste sans dépossession a obtenu un droit de rétention. L'article 2340 al. 2 c. civ. ne dit pas comment ce conflit est réglé.

– Quatrièmement, le texte ne traite pas de l'attribution judiciaire[2], qui peut opposer un gagiste avec dépossession à un gagiste sans dépossession. Si le gagiste avec dépossession refuse de restituer le bien, peut-il bloquer la demande du gagiste sans dépossession ? La jurisprudence manque sur la question.

L'article 2340 al. 2 c. civ. traite du conflit entre gagistes avec et sans dépossession, et le texte établit une équation curieuse. Lorsque le conflit porte sur le droit de préférence, la règle de l'antériorité s'applique. Elle ne s'applique plus en cas de rétention. À ce stade, il semble que l'opposabilité obtenue par l'inscription n'ait qu'un domaine d'application relativement circonscrit : c'est curieux lorsque, par ailleurs, les rédacteurs de

[1] Nonobstant : de non, et du latin *obstans*, empêchant.

[2] Com., 3 juin 2008, n°07-12.017 et n°07-15228, Bull. n°114 : « l'attribution judiciaire du bien donné en nantissement est indépendante de l'ordre dans lequel les divers privilèges s'exercent sur le prix en cas de vente de ce bien ». Le créancier nanti en second rang obtient l'attribution judiciaire sans que le créancier nanti en premier n'ait à être appelé.

l'ordonnance créent un droit de suite (opposable à l'ayant cause à titre particulier : tiers-acquéreur ou gagiste avec dépossession) en faveur du gagiste sans dépossession.

669. En présence d'un **nantissement de créances**, hypothèse spéciale[1] du nantissement, des dispositions particulières sont prévues. L'opposabilité s'établit différemment, en fonction des destinataires, envers d'un côté l'ensemble des tiers, de l'autre le sous-débiteur.

Envers les tiers autres que le sous-débiteur, l'opposabilité est acquise « à la date de l'acte » (art. 2361 c. civ.[2]), donc dès la *date de la conclusion du contrat* :

- les autres créanciers doivent alors deviner que le sous-débiteur ne peut plus les payer, puisque le contrat (de nantissement de créance) n'est pas publié ni aucune formalité de publicité organisée. La solution est reprise dans la cession de créance : l'opposabilité aux tiers (comprendre : aux *tiers autres que le débiteur cédé*) est acquise « dès la date de l'acte » (art. 1323 c. civ.[3]).
- l'opposabilité acquise erga omnes vaut également entre créanciers nantis. La règle de l'antériorité s'applique : le créancier premier en date dispose d'un droit opposable au second en date, etc. (art. 2362-1 c. civ.[4]).
- l'article 2363 c. civ.[5] investit, depuis 2021, le créancier nanti sur les créances d'un droit de rétention : cette rétention permet au créancier nanti de bloquer tous les autres créanciers, qui ne pourront rien réclamer au sous-débiteur.

Le sous-débiteur devra, quant à lui, être spécialement averti : l'information effective résulte d'une « notification » (art. 2362 c. civ.[6]), grâce à laquelle le sous-débiteur

[1] Dans le chapitre III consacré au nantissement, le législateur ne traite, en réalité, que de deux nantissements spéciaux : le nantissement de créance (art. 2356 à 2366), sauf l'article 2360, relatif au nantissement de compte.
[2] Art. 2361 c. civ. : « Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. »
[3] Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte.
« Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen. (...) ».
[4] Art. 2361-1(ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Lorsqu'une même créance fait l'objet de nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre des actes. Le créancier premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement. »
[5] Art. 2363 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts.
« Le créancier nanti, comme le constituant, peut en poursuivre l'exécution, l'autre dûment informé. »
[6] Art. 2262 c. civ. : « Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte./ A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. »

apprend qu'il doit désormais payer le créancier nanti. La procédure est analogue à la cession de créance (art. 1324 c. civ.[1]).

L'opposabilité du nantissement de créance (à savoir, potentiellement une partie des rentrées financières du débiteur) est donc obtenue par une procédure expéditive. Dès qu'elle est réalisée, le créancier peut « retenir » les créances données en nantissement (art. 2363 c. civ.[2]).

(670- à 673. : réservés)

Conclusion 3/ sur l'opposabilité aux tiers

674. Les dispositions techniques de l'ordonnance de 2006 relative à l'**opposabilité aux tiers** se caractérisent par leur caractère sommaire.

- Les tiers, autres créanciers ou tiers-acquéreurs, devront consulter un registre (sur internet) pour identifier les biens gagés ou nantis.
- Mais ils ne disposent d'aucune source d'information pour deviner que les rentrées financières du débiteur sont nanties (« dès la date de l'acte » : art. 2361 c. civ.).
- Quant au gage avec dépossession, la formalité de la dépossession (acquise par son accomplissement) rend le gage opposable aux tiers.

L'opposabilité implique pourtant des conséquences lourdes, puisqu'elle est la base technique des effets du gage et du nantissement.

II/ Les effets du gage et du nantissement

675. Les **effets du gage et du nantissement**, selon l'article 2333 c. civ.[3] issu de l'ordonnance de 2006, semblent relativement banals. Le gage « accorde au créancier le droit de se faire *payer par préférence à ses autres créanciers* ». La formulation demeure partielle (donc inexacte) : comme le privilège, le gage confère un droit de préférence classique, mais ce n'est pas là son principal attrait.

[1] Art. 1324 c. civ. : « La cession [de créance] n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. » (anc. art. 1690 c. civ. mod.). Avant 2016, la cession de créance était soumisse à « signification » (par acte d'huissier, dont le coût, d'environ 70€ par créance, pesait sur le créancier).

[2] Art. 2363 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts. « Le créancier nanti, comme le constituant, peut en poursuivre l'exécution, l'autre dûment informé. »

[3] Art. 2333 c. civ. : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. »

Envers le débiteur, le créancier gagiste disposera de plusieurs prérogatives, dont certaines garantissent un paiement intégral. Sur ce point, l'ordonnance de 2006 a peu innové. Il faut dire que les prérogatives du gagiste étaient déjà très efficaces.

L'essentiel des innovations est ailleurs et concerne l'*effet relatif des conventions* (art. 1200 c. civ.[1]). Le gagiste sans dépossession dispose désormais d'un droit de suite, ce qui imposera aux tiers-acquéreurs d'en tenir compte ; quant aux autres créanciers impayés, leur prérogatives sur l'assiette du gagiste-nanti sont gelées.

Les effets du contrat de gage-nantissement sont doubles : le créancier gagiste exerce ses prérogatives directement envers le débiteur (1), et indirectement envers les tiers, au titre de l'effet relatif des conventions (2).

1/ Les prérogatives du créancier gagiste ou nanti

676. Les **prérogatives du créancier gagiste ou nanti** sont relativement diversifiées. Certaines doivent être rattachées à la possession (mesure préventive), d'autres à la défaillance du débiteur.

Les prérogatives rattachées à la possession (effective ou fictive) exercée par le créancier (gagiste ou nanti sur les créances) permettent d'effectuer un *blocage*. L'assiette est retenue jusqu'à complet paiement de la dette : la solution est prévue dans le gage mobilier (art. 2339 c. civ.[2]), dans le gage immobilier (art. 2383 c. civ.[3]) et dans le nantissement de créance (art. 2363 c. civ.[4]).

En cas de défaillance du débiteur, les créanciers gagiste et nanti disposent également de prérogatives, destinées, comme toutes les sûretés réelles, à procurer un paiement de substitution.

Les prérogatives exercées par les créanciers gagiste et nanti conduisent à distinguer deux périodes :

- Pendant le remboursement de la dette (a), le créancier gagiste et le créancier nanti sur créancier bénéficie d'une mesure préventive, liée à la possession exercée par le créancier.
- En cas de défaillance du débiteur (b), les créanciers gagiste et nanti

[1] Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat.
« Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

[2] Art. 2339 c. civ. : « Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais. »

[3] Art. 2383 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de sa dette. »

[4] Art. 2363 c. civ. : « Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts. »

choisiront, parmi leurs prérogatives, celle qui permettra d'obtenir un paiement de substitution.

a/ La mesure préventive pendant le remboursement de la dette : *le blocage résultant de la possession*

677. Pendant le remboursement de la dette, le créancier gagiste-nanti dispose de prérogatives conservatoires, afin que l'assiette de son gage demeure intacte. Certaines sont générales, applicables à tout gage ou nantissement. D'autres sont spécifiques au gage avec ou sans dépossession.

Les *prérogatives générales* concernent les fruits, ainsi que le gel de l'assiette.

- Lorsque le bien gagé ou nanti produit des *fruits* (hypothèse marginale en présence d'un meuble corporel, mais beaucoup moins en présence d'un meuble incorporel, avec les dividendes, intérêts[1] ou redevances d'exploitation ou en présence d'un immeuble[2]), ils sont imputés sur les intérêts, ou, à défaut, le capital de la dette (art. 2345 c. civ.[3]). Le créancier compense alors immédiatement, sans jamais subir le concours des autres créanciers.
- Tant que la dette n'est pas intégralement remboursée, l'assiette du gagiste et celle du créancier nanti sur créance est *gelée* : aucun autre créancier impayé n'a le droit de saisir le bien ou la masse de biens gagés. La solution vaut en présence d'un gage avec dépossession (art. 2339 c. civ.[4]) et d'un gage sans dépossession (art. 2287 4° c. civ.[5]). Depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, l'article 2363 c. civ.[6] affirme que le créancier nanti sur les créances dispose d'un droit de rétention : le profit du paiement forcé lui est réservé. En revanche, le créancier nanti (sur des meubles incorporels autres)

[1] Les règles relatives au nantissement sont applicables, sauf exception (absente), au gage.
[2] Art. 2381 al. 1er c. civ. : « Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette. »
[3] Art. 2345 c. civ. : « Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette. »
[4] Art. 2339 c. civ.: « Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais. »
[5] Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : (...)
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.
« Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire. »
[6] Art. 2363 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts.
« Le créancier nanti, comme le constituant, peut en poursuivre l'exécution, l'autre dûment informé. »

ne dispose plus du droit de rétention (art. 2355 al. 5 c. civ.[1]) : les autres créanciers peuvent donc désormais saisir les biens inclus dans un nantissement (comme dans l'hypothèque). Cette nouveauté de l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 laisse perplexe.

Les autres prérogatives du créancier conduisent à distinguer selon que le gage est effectué avec ou sans dépossession du débiteur et selon le type de biens (choses de genre, choses fongibles) figurant dans l'assiette.

678. Dans le **gage avec dépossession**, le créancier gagiste est tenu d'un devoir de conserver, imposé dans son intérêt bien compris. Il bénéficie en contrepartie d'un droit de rétention.

Le gagiste avec dépossession doit *conserver la chose gagée* (art. 2344 c. civ.[2] ; art. 2381 al. 2 c. civ.[3] en présence d'un gage immobilier). Il le fera d'autant plus volontiers qu'il obtient, de la part du débiteur, le remboursement des frais de conservation (art. 2343 c. civ.[4]). Ces frais de conservation incluent non seulement les dépenses nécessaires, mais aussi celles qui furent utiles. L'obligation de conservation imposée au créancier gagiste s'effectue à son profit : en conservant le bien, il préserve l'assiette de son gage, dont la valeur a vocation à lui être attribuée en cas de défaillance du débiteur. Mais il était toutefois nécessaire de le lui rappeler : lorsque la dette est proche de l'extinction, l'intérêt du gagiste à conserver une chose qui devra être restituée au débiteur, s'émousse parfois. L'ordonnance a maintenu ici un devoir de bonne foi.

Le créancier gagiste avec dépossession dispose du *droit de rétention*, tant que la dette n'est pas intégralement remboursée[5]. Le débiteur, selon l'article 2339 c. civ., « ne peut exiger (…) la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais ».

---

[1] Art. 2355 c. civ. : al. 4 « Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.
al. 5 : « Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, à l'exclusion du 4° de l'article 2286. »
Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. »

[2] Art. 2344 al. 1er c. civ. : « Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. »

[3] Art. 2381 al. 2 c. civ. : « Il est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette. Il peut à tout moment se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire. »

[4] Art. 2343 c. civ. : « Le constituant doit rembourser au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage. »

[5] Cette garantie de paiement dérive de l'exception d'inexécution, prévue en droit général du contrat. Voir *Droit du contrat*, n°907.

– Les frais, notamment relatifs à la conservation du bien, sont donc entièrement garantis. Le gage est indivisible : même si la dette due est faible (presque entièrement remboursée), le créancier gagiste est en droit tout de retenir.

– Ce droit de rétention apparaît comme un moyen de pression exercé directement sur le débiteur (incitation à payer entièrement) et ce droit peut même se transformer en faculté de nuisance. La chambre commerciale (Com., 19 novembre 2002[1]) admet que le gagiste exerce légitimement son droit de rétention, quitte à voir périr les marchandises. Indirectement, l'exercice du droit de rétention peut également conduire à créer une nuisance plus ou moins collective : si le gagiste-nanti retient un bien d'une valeur de 100, alors que la dette impayée est d'un montant de 10, l'ensemble des créanciers impayés peut avoir intérêt à payer le gagiste, afin de reconstituer l'actif du débiteur (mesure prévue en droit des procédures collectives : infra, paiement immédiat). Visiblement, le blocage exercé par le gagiste-nanti sera d'autant plus profitable qu'il maximise les nuisances. On verra qu'en droit français, le rétenteur n'a jamais intérêt à se montrer coopératif.

Obligation de conserver et droit de rétention sont applicables au gage avec dépossession, portant sur un meuble individualisé. Quand il porte sur des choses fongibles, le gagiste les conserve de manière séparée (sauf clause expresse de la convention peut prévoir que le gagiste en devient *immédiatement propriétaire* « à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes » : art. 2341 c. civ.[2]).

Pendant le remboursement de la dette, le gage avec dépossession permet au créancier de retenir un bien individualisé : la rétention garantit partiellement contre le risque de contestation de la dette (le créancier bloque le bien). Dans le gage avec dépossession de choses fongibles ou assimilées, le gagiste-nanti devenu propriétaire occupe une position encore plus assurée : il est simplement débiteur de la restitution.

[1] Com., 19 novembre 2002, n°00-20516, Bull. n°151 : le gagiste avait souscrit une convention par laquelle il devait donner son accord pour un remplacement des marchandises stockées ; il refuse le remplacement, afin de contraindre le débiteur à le payer, et les marchandises périssent. Solution de la chambre commerciale : « le créancier gagiste peut refuser de se dessaisir de son gage s'il n'obtient pas préalablement paiement de sa créance à concurrence de la valeur de celui-ci ».

[2] Art. 2341 c. civ. : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344 [déchéance du terme].
« Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. »
(ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) « Dans le cas visé au premier alinéa, le constituant peut, si la convention le prévoit, aliéner les choses gagées à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. »

678-1. Dans le gage de **choses fongibles avec dépossession**, l'obligation de conservation du créancier gagiste dépend des clauses de la convention. Dans le silence de la convention, il doit les conserver et les tenir séparées, identifiables donc.

Lorsque la convention prévoit que le créancier gagiste devient *propriétaire* des choses fongibles, l'obligation de conservation est remplacée par l'obligation de restitution (ce qui est une rupture avec le droit antérieur[1]). Ce faisant, le gage se transforme en *fiducie*[2] : le « créancier gagiste » est immédiatement propriétaire plénier pendant le remboursement de la dette. Débiteur (de la restitution) envers son propre débiteur quand il sera acquis que la dette est intégralement remboursée, le créancier est donc prémuni contre le risque de contestation de la dette.

En présence d'un gage-espèces, le dépôt de garantie remis par le débiteur devient de plein droit la propriété immédiate et définitive du créancier : il s'agit en réalité d'une fiducie, à ce détail près que la monnaie, chose fongible par excellence, se compensera de plein droit avec le montant de la dette.

679. En présence d'un **gage sans dépossession**, le débiteur conserve la mainmise des biens gagés[3]. Les prérogatives du gagiste sans dépossession seront essentiellement conservatoires.

Le débiteur conservant la possession de ses biens, c'est à lui de les *conserver* : s'il ne le fait pas, le créancier gagiste « peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complètement du gage » (art. 2344 al. 2 c. civ.[4]). L'option du créancier dépendra, en réalité, de la situation : si le débiteur commet une simple imprudence, il devra remplacer les marchandises détruites par d'autres nouvelles ; si le débiteur perd sa fiabilité, il subira la sanction de la déchéance du terme.

Dans le gage sans dépossession portant sur des choses fongibles, le débiteur peut (depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 sept. 2021) désormais aliéner « sauf convention contraire » : le débiteur continue de gérer son stock, mais à charge de remplacer les marchandises vendues par de nouvelles (art. 2342 c. civ.[5]), qui viendront

[1] Antérieurement, seul un meuble corporel identifié pouvait être gagé, à l'exclusion donc des choses fongibles. Mais la prohibition était en décadence.

[2] Validée à titre général par la loi du 19 fév. 2007, la fiducie n'était consacrée que ponctuellement sous le droit antérieur, l'ordonnance n°2006-346 du 23mars 2006 ayant donc ajouté un autre cas : infra.

[3] Dans le nantissement, l'hypothèse d'une conservation se pose moins. En cas de nantissement de créance, le créancier nanti « acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci » (art. 2357). Le sous-débiteur ne peut donc payer que le créancier nanti : et surtout pas un autre créancier, ni le débiteur. Dans le nantissement d'un compte, la question des pouvoirs de gestion du débiteur se pose : mais une fiducie sera souvent pratiquée.

[4] Art. 2344 al.2 c. civ. : « Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. »

[5] Art. 2342 c. civ. « Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) «, sauf convention contraire, » peut les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. »

donc les remplacer (art. 2342-1 c. civ.[1]). Lorsque le contrat de gage interdit au débiteur toute aliénation, le débiteur encourt des sanctions pénales (art. 314-5 et -6 c. pén.[2])[3] s'il vend les biens gagés (sachant qu'ils peuvent être futurs) ; dans ce cas, le gagiste ne sera pas dépourvu de toute protection, puisqu'il disposera d'un droit de suite[4].

Évidemment, le gagiste sans dépossession ne devrait pas disposer d'un droit de rétention (puisque le débiteur possède la chose) : mais le législateur a octroyé un *droit de rétention fictif* à tout gagiste sans dépossession.

– La rétention fictive est octroyée au gagiste (sans dépossession) sur le véhicule automobile[5] (cas traditionnel, en pratique réservé aux banquiers) et à tous les autres gagistes depuis la loi du 4 août 2008[6] qui a introduit un 4° à l'article 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 4° *Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* » ;

– En revanche, depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, les créanciers nantis sur un meuble incorporel ne bénéficient plus de la rétention fictive (art. 2355 al. 4 c. civ.[7]). Mais le créancier nanti sur une créance reste investi du droit de rétention.

– La rétention fictive signifie qu'aucun autre créancier ne peut saisir un bien gagé tant que la dette reste à payer. Mais cette prérogative présente un autre intérêt (de taille) en cas de défaillance du débiteur.

---

[1] Art. 2342-1 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Lorsque le constituant a la faculté d'aliéner les biens gagés dans les conditions prévues par les articles 2341 ou 2342, les biens acquis en remplacement sont de plein droit compris dans l'assiette du gage. »

[2] Art. 314-5 c. pén. : « Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.
« La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines. »
Art. 314-6 c. pén. : « Le fait, par le saisi, de détruire ou de détourner un objet saisi entre ses mains en garantie des droits d'un créancier et confié à sa garde ou à celle d'un tiers est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.
« La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines. »

[3] Crim. 20 avril 2017, n°16-80.808, Bull. ; JCP 2017, éd. E, chron., 1373, spéc. n°10, note Renaud Salomon.

[4] Dans ce gage publié, l'article 2337 (al. 3 : « Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276 ») exclut l'application de l'article 2276 au profit des tiers-acquéreurs (ayants cause à titre particulier). Question, qui se pose depuis l'ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021 : le droit de suite du créancier gagiste sans dépossession a-t-il disparu quand le contrat de gage permet au débiteur d'aliéner les choses fongibles ?

[5] Cette sûreté légale, antérieurement dénommée nantissement, était réservée au vendeur et au prêteur qui finançait l'acquisition d'un véhicule automobile, lequel devait inscrire à bref délai après la vente. Désormais, ce gage n'est plus réservé au vendeur ou au prêteur, à savoir aux créanciers économiquement utiles. Art. 2352 c. civ. « Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession ».

[6] Loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, art. 79

[7] Art. 2355 al. 4 c. civ : « Celui [le nantissement] qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, à l'exclusion du 4° de l'article 2286. »

b/ Les prérogatives en présence d'une défaillance du débiteur : *le paiement de substitution octroyé aux créanciers gagiste et nanti*

680. En présence d'une **défaillance du débiteur**, le créancier gagiste dispose de trois prérogatives alternatives qui lui permettent d'obtenir un paiement prioritaire de substitution sur les biens gagés ou nantis.

– Ces prérogatives seront exercées quand l'assiette porte sur un meuble individualisé, dont le débiteur est propriétaire pendant le remboursement de la dette.

– En revanche, quand le gagiste-nanti a déjà obtenu la propriété immédiate des choses fongibles ou de la monnaie (art. 2341 c. civ.[1]), le gage ou nantissement produira des effets analogues à la fiducie-sûreté (infra, n°877).

Outre le droit de préférence (sûreté de 4ème phase), le gagiste-nanti peut obtenir un droit au versement du prix (sûreté de 3ème phase) ou une attribution judiciaire (sûreté de 2ème phase en présence d'un gage ou nantissement sans dépossession).

681. Le **droit de préférence (sûreté de quatrième phase)** permet au créancier d'obtenir un paiement prioritaire lors de la phase de répartition (art. 2346 al. 1er c. civ.[2]). Ce droit de préférence, mentionné à l'article 2333 al. 1er c. civ.[3], est classé au même rang que le bailleur (art. 2332-4 c. civ.[4], issu de l'ord. du 15 sept. 2021), en seconde place, derrière le conservateur (postérieur à la constitution du gage). Techniquement, le créancier gagiste ne figure pas parmi les créanciers « privilégiés », contrairement au bailleur.

Depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021, en présence d'un gage (avec ou sans dépossession) garantissant une dette professionnelle, le créancier gagiste-nanti bénéficie d'une procédure expéditive pour faire vendre les biens gagés : la vente aux enchères publiques aura lieu huit jours après la signification faire au débiteur (art. 2346 al. 2 c.

[1] Art. 2341 c. civ. : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344.
Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. »

[2] Art. 2346 c. civ. : « A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) « poursuivre » la vente du bien gagé.
« Cette vente a lieu selon les modalités (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) « prévues par le code des » procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger. »

[3] Art. 2333 c. civ. : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de *se faire payer par préférence* à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. »

[4] Art. 2332-4 c. civ. (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) : « Sauf loi spéciale, le droit de préférence conféré par le gage s'exerce au rang du privilège du bailleur d'immeuble. »

civ.[1]). Mais cette voie d'exécution n'est plus praticable quand est ouverte une procédure de faillite.

En pratique, en présence d'une procédure collective affectant un professionnel, le gagiste-nanti pourra opter pour son droit de préférence en l'absence de surclassement.

> **681-1.** En présence d'une **pluralité** de créanciers gagistes-nantis, le classement du droit de préférence s'effectue selon la règle de l'antériorité (art. 2340 c. civ.[2]). Le créancier ayant publié (gage sans dépossession, nantissement) le plus tôt (ou le créancier ayant obtenu la possession en premier, en présence d'un gage avec dépossession et entiercement) est préféré au plus récent.
>
> Traditionnellement, la créance la plus ancienne était payée avant la plus récente, ce qui permettait aux autres créanciers d'anticiper (prévision économique). Depuis que le gage-nantissement est rechargeable, les autres créanciers ne sont plus en mesure d'anticiper : une créance ancienne sera remplacée par une récente (subrogation), et cette dernière prendra rang à la date d'inscription de la première.

682. Le **droit au versement du prix** est une action directe-sûreté (infra) reconnue aux créanciers qui exercent un droit de rétention.

– On sait que le droit de rétention est une faculté de blocage pendant le remboursement de la dette (supra). En tant que tel, il ne permet pas d'obtenir un paiement de substitution.

– Mais le législateur peut décider de transformer le droit de rétention. C'est la technique du report : une prérogative (la rétention) se transformera en une autre prérogative à savoir en une action directe-sûreté. Le tiers versera directement la somme qu'il doit au débiteur à un créancier. Le report permet donc d'effectuer un prélèvement à la source (infra).

Le créancier gagiste ne bénéficie pas du report dans le code civil, mais il en bénéficie en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur professionnel.

Le créancier gagiste ne figure pas parmi les créanciers bénéficiant d'un privilège mobilier. Il ne peut donc pas invoquer l'article 2330 al. 3 c. civ.[3], selon lequel « Ils [les

[1] Art. 2346 al. 2 c. civ. (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) : « Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage. »

[2] Art. 2340 c. civ. : « Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription.
« Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier. »

[3] Art. 2330 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Les privilèges mobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux ou spéciaux.

privilèges mobiliers] se reportent sur la créance de prix du débiteur à l'égard de l'acquéreur. » Le gage est une sûreté contractuelle, et non pas un sûreté légale (catégorie au sein de laquelle certaines sont qualifiées de « privilège » par le législateur). On sait qu'il n'y a pas de sûretés réelles sans texte (supra n°501). Dès lors qu'aucun texte n'assimile le gagiste à un créancier « privilégié », il ne bénéficie donc pas, selon le code civil, du report (innovation créée par l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 : infra n°760).

En revanche, le gagiste en bénéficie depuis 1985 en droit des procédures collectives. Selon l'article L 642-20-1 al. 3 c. com.[1], « En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. (...) » En cas de liquidation judiciaire du débiteur professionnel, la chose retenue (effectivement ou fictivement) fera l'objet d'une vente (forcée) sur autorisation du juge-commissaire, contre le gré du rétenteur (gagiste ou nanti sur une créance, en l'espèce). La rétention fera alors l'objet d'un *report de plein droit sur le prix de vente*[2] :

- Le prix versé par le tiers-acquéreur est affecté prioritairement au rétenteur (gagiste-nanti) : c'est une sûreté de troisième phase (qui fonctionne comme une saisie-attribution de créance : par un prélèvement à la source).
- Le reliquat du prix versé par le tiers-acquéreur fera l'objet d'une répartition entre les créanciers munis d'un droit de préférence (4ème phase).

On comprend mieux pourquoi le droit de rétention fut réclamé, même en présence d'un gage sans dépossession : la rétention fictive[3] permet de bloquer toute vente forcée pendant le remboursement de la dette ; elle permet également de surclasser les créanciers munis d'un droit de préférence (sûreté de 4ème phase). En revanche, on ignore comment se règle le conflit entre un gagiste rétenteur qui obtient le report (sûreté de 3ème phase) et un gagiste qui réclame l'attribution judiciaire (sûreté de 2ème phase).

« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.

« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers. Sauf disposition contraire, ils ne confèrent pas de droit de suite. Ils se reportent sur la créance de prix du débiteur à l'égard de l'acquéreur. »

[1] Art. L 642-20-1 c. com. : « A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 641-3, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation.

« Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.

« En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur. »

[2] Le report du droit de rétention sur le prix de vente est prévu depuis la loi de 1985, portant réforme du droit de la faillite.

[3] Également reconnu au créancier nanti sur un compte d'instruments financiers : art. L 431-4 c. mon. et fin.

683. L'**attribution judiciaire, sûreté de deuxième phase**, est la prérogative qui permet d'obtenir un paiement précoce, et donc intégral. Le créancier devient propriétaire du bien (art. 2347 al. 1er c. civ. : « le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement ») : il en doit le prix (fixé par le juge), qui se compensera avec la dette impayée du débiteur. Si la valeur du bien est supérieure au montant de la dette, une soulte sera versée (3ème phase), pour attribution (4ème phase) (art. 2347 al. 2 c. civ.[1]).

L'attribution judiciaire est prévue :

- en présence d'un gage avec ou sans dépossession (art. 2347 c. civ.) ;
- en présence d'un nantissement, portant sur un bien incorporel quelconque (art. 2355 al. 4 c. civ.[2]) ;
- en présence d'un nantissement de créance (art. 2365 c. civ.[3]).

L'avantage principal de l'attribution judiciaire est de permettre le surclassement des autres créanciers, même disposant d'un droit de préférence mieux classé.

- Si un créancier gagiste (second en date) obtient l'attribution judiciaire, il pourra surclasser un créancier gagiste (premier en date) invoquant son droit de préférence. La solution a été implicitement admise par un arrêt Com., 3 juin 2008, déclarant que « l'attribution judiciaire du bien donné en nantissement est indépendante de l'ordre dans lequel les divers privilèges s'exercent sur le prix en cas de vente de ce bien »[4]. Une sûreté dotée d'un déclencheur de 2ème phase l'emporte sur une sûreté dotée d'un déclencheur de 4ème ou de 3ème phase ;
- Le créancier qui obtient l'attribution judiciaire l'emportera également sur un créancier invoquant une action directe-sûreté (infra). Le mécanisme de la compensation permet au créancier qui obtient l'attribution judiciaire d'obtenir l'équivalent juridique d'un paiement et donc de quitter la procédure d'exécution forcée à ce moment. Le paiement par compensation permet un prélèvement à la source. Le créancier qui dispose d'une action directe-sûreté sur le prix de vente

[1] Art. 2347 al. 2 c. civ. : « Lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au constituant ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

[2] Art. 2355 relatif au nantissement, al. 4 : le nantissement « qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) «, à l'exclusion du 4° de l'article 2286 » ».

[3] Art. 2365 c. civ. : « En cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. »

[4] Com., 3 juin 2008, n°07-12.017, Bull. n°114.

que doit un tiers devra donc se satisfaire de la soulte que devra verser le créancier gagiste-nanti (devenu propriétaire du bien figurant dans son assiette). Celui-là est surclassé par celui-ci. La solution semble admise par l'article 2347 al. 2 qui prévoit la consignation « s'il existe d'autres créanciers ».

Les modalités d'exercice de l'attribution judiciaire ne sont pas entièrement connues, et l'ordonnance de 2021 n'a pas résolu ces zones d'ombre.

– lorsque plusieurs créanciers gagistes ou nantis réclament l'attribution judiciaire, lequel l'emportera sur les autres ? La jurisprudence est attendue sur ce point : il faudra savoir si un créancier gagiste avec dépossession l'emporte ou non sur un gagiste sans dépossession ou si la date de constitution du gage permet de régler le conflit ;

– Lorsqu'un créancier invoque sa rétention (envers un autre, éventuellement lui aussi rétenteur), l'articulation entre attribution judiciaire et rétention n'est pas connue. On ignore si un rétenteur (effectif, notamment) pourrait bloquer l'attribution judiciaire (réclamée par un gagiste, rétenteur fictif).

L'attribution judiciaire sera donc une prérogative recherchée, dès lors que le bien figure dans l'assiette de plusieurs créanciers munis de sûretés réelles (privilège mobilier général, gage ou nantissement).

683-1. La demande d'attribution judiciaire peut être plus précoce, sans attendre la période de liquidation judiciaire (qui correspond à la période d'exécution forcée).

En cas de *gage commercial,* le créancier gagiste peut demander l'attribution judiciaire dès l'ouverture de la procédure collective (avant même que sa créance ne soit vérifiée : art. L 642-20-1 al. 2 c. com.[1]).

Dans tout gage de meuble corporel, la convention peut prévoir un *pacte commissoire*, qui permet au gagiste de devenir immédiatement et de plein droit propriétaire, dès le « défaut d'exécution » (art. 2348 c. civ.[2]) du débiteur (non encore soumis à la procédure collective). Devenu

[1] Art. L 642-20-1 c com. : « A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 641-3, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation.
« Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.
« En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur.

[2] Art. 2348 c. civ. : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.
« La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.
« Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur

propriétaire, le créancier gagiste-nanti exercera une action en revendication sur le bien gagé ou l'ensemble des biens gagés. L'estimation de la valeur des biens doit se faire par expert[1].

En présence d'une *créance nantie*, le pacte commissoire s'exerce dans des conditions plus simples, mais en tenant compte de l'échéance de la créance nantie.

– Lorsqu'elle vient à échéance en même temps ou après l'échéance de la créance garantie, le débiteur n'est pas défaillant (il n'a pas encore à payer) : le créancier nanti « conserve [les créances nanties] à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement de crédit » (art. 2364 c. civ. [2]). Les fonds sont bloqués sur un compte spécial et seront attribués au créancier, si le débiteur ne paye pas dans les huit jours de la mise en demeure restée infructueuse (« le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées » art. 2364 c. civ.) ; si le débiteur paye, les fonds consignés seront simplement restitués[3].

– Si la créance garantie vient à échéance avant la créance nantie, le débiteur est défaillant : « le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance nantie » (art. 2365 c. civ.). Mais quand la créance nantie a pour objet une somme d'argent, son évaluation judiciaire n'est pas nécessaire : le créancier nanti devient immédiatement propriétaire dès son versement. Il échappe alors (en principe) au gel des paiements imposés par la faillite (supra n°28).

Conclusion du 1/ Les prérogatives du créancier gagiste ou nanti

684. Les **prérogatives du créancier gagiste ou nanti** seront exercées en fonction de la situation du débiteur et de la présence ou de l'absence d'autres créanciers (gagistes ou non). On peut concevoir que tel gagiste, obtenant l'attribution judiciaire sur un ensemble de meubles, doive verser un reliquat, prélevé par un autre gagiste au titre de son droit de rétention (report sur le prix de vente), et qu'enfin un troisième gagiste invoque son droit de préférence.

Chaque prérogative sera exercée au regard du *bilan avantage-inconvénient* effectué par le créancier gagiste ou nanti.

– L'attribution judiciaire impose de devenir propriétaire d'un meuble et de verser une soulte, mais sans risquer le surclassement.

---

ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

[1] Demeure interdite la clause de voie parée, clause par laquelle le créancier serait dispensé de recours au juge pour procéder à la vente du bien (art. 2348 al. 2 c. civ. : « La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. »).

[2] Selon l'art. 2364 c. civ., « En cas de défaillance du débiteur de la créance « garantie » (le texte parlait de créance ‘'nantie'', ce qui était un contresens : la loi n°2007-212 du 20 février 2007 a corrigé cette malfaçon) et huit jours après mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées. » En réalité, c'est de la défaillance du débiteur principal dont il est question, non de la créance nantie, mais de la créance garantie.

[3] Mais quelle est l'utilité, pour le débiteur, de payer le créancier nanti, qui est déjà payé ? Le créancier peut d'ailleurs invoquer la compensation.

– Le report du droit de rétention permet de ne pas devenir propriétaire d'un meuble sans intérêt et de ne pas devoir verser de soulte, mais expose au surclassement par l'attribution judiciaire.

– Le droit de préférence expose au surclassement, sauf si le débiteur n'est pas lourdement insolvable et si aucun autre créancier ne peut obtenir une prérogative plus efficace.

Le gagiste-nanti est un créancier qui peut prélever son dû à différentes phases de la procédure d'exécution forcée. Il garantit sa position en cherchant notamment à exclure les autres catégories de créanciers impayés.

2/ L'effet relatif du gage sur les tiers

685. L'**effet relatif du gage-nantissement sur les tiers** consiste à en déterminer l'impact envers les tiers, dès lors que l'opposabilité est acquise. Deux catégories de tiers sont à distinguer, les autres créanciers et le tiers-acquéreur.

Envers les autres créanciers, l'impact du gage-nantissement sera tangible en présence d'un débiteur substantiellement insolvable. Le créancier gagiste ou nanti risque de figurer parmi les gros créanciers (puisque la créance est rechargeable) et d'absorber une bonne partie de l'actif mobilier du débiteur (puisque l'assiette peut englober les meubles présents et futurs), ce qui réduira mécaniquement les espérances de paiement des autres créanciers.

Envers le tiers-acquéreur, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le gagiste sans dépossession bénéficie d'un droit de suite, lorsque le débiteur a aliéné (sans autorisation[1]) ses biens gagés. Le tiers-acquéreur d'un bien gagé ne peut pas invoquer l'article 2276 c. civ.[2].

L'effet relatif du gage et du nantissement concernera donc les autres créanciers (a) et le tiers-acquéreur (b).

a/ L'impact sur les autres créanciers *: l'exclusion des autres créanciers*

[1] Depuis 2021, l'autorisation d'aliéner est acquise par une clause supplétive de volonté en présence d'un gage sans dépossession portant sur des choses fongibles ou le stock : art. 2342 c. civ. (« Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) «, sauf convention contraire, » peut les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. »)

[2] Art. 2276 c. civ. (loi n°2008-561 du 17 juin 2008) : « En fait de meubles, la possession vaut titre. »

686. L'**impact sur les autres créanciers** du contrat de gage (et de nantissement de créance) résulte du gel de l'assiette pendant le remboursement de la dette. Un autre créancier impayé devra donc attendre les opérations de liquidation.

Pendant le remboursement de la dette encore due au créancier gagiste et au créancier nanti sur créance, tout bien figurant dans son assiette est insaisissable. L'opposabilité aux autres créanciers signifie que :

– Les revenus présents et futurs du débiteur (salaires d'une personne physique, poste clientèle d'un professionnel) sont exclusivement affectés au créancier nanti : la rétention (art. 2363 c. civ.[1]) interdit à tout créancier d'exercer de saisie-attribution. Mais il faudra tenir compte du droit de la faillite (art. L. 622-21 c. com.[2]).

– Il en va de même sur les meubles corporels, présents comme futurs, du débiteur : le gagiste (avec et sans dépossession) interdira toute voie d'exécution sur ces biens, tant que la dernière échéance de la dernière dette ne sera pas intégralement payée.

– En revanche, en présence d'un nantissement, l'absence de rétention (art. 2355 al. 5 c. civ.[3]) permet aux autres créanciers d'obtenir une voie d'exécution pendant le remboursement de la dette. Ce cas de figure est curieux : en présence d'une hypothèque, une purge est prévue ; rien de tel n'est organisé, lorsque le meuble incorporel est saisi par un tiers.

---

[1] Art. 2363 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts.
« Le créancier nanti, comme le constituant, peut en poursuivre l'exécution, l'autre dûment informé. »

[2] Art. L 622-21 c. com. (mod. par ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.) : « (…) IV.-Le même jugement [d'ouverture de la procédure collective] interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur.
« Toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture.
« Toutefois, l'accroissement de l'assiette peut valablement résulter d'une cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier lorsqu'elle est intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure. Cet accroissement peut également résulter d'une disposition contraire du présent livre ou d'une dérogation expresse à son application prévue par le code monétaire et financier ou le code des assurances. »

[3] Art. 2355 c. civ. : al. 4 « Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.
al. 5 : « Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, à l'exclusion du 4° de l'article 2286. »
Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. »

Il existe un doute quand le nantissement porte sur le *compte courant* du débiteur : l'article 2360 c. civ.[1] précise que le créancier nanti est protégé sur le solde créditeur, aussi bien « provisoire que définitif », et ce « au jour de la réalisation de la sûreté ». On applique donc le régime du nantissement de créance (avec la rétention prévue à l'art. 2363 c. civ. : supra).

Les créanciers impayés ne pourront que *solliciter l'ouverture d'une procédure collective*. Même dans cette éventualité, il n'est pas certain que ces créanciers puissent obtenir un paiement. En effet, si les revenus du débiteur sont hors d'atteinte[2], la liquidation judiciaire devra être prononcée.

b/ L'impact du gage sans dépossession sur le tiers-acquéreur *: le droit de suite du gagiste sans dépossession*

687. L'**impact du gage sans dépossession sur le tiers-acquéreur** est une innovation de l'ordonnance du 23 mars 2006. Le droit de suite reconnu au gagiste sans dépossession impose au tiers-acquéreur de se renseigner sur le statut des meubles corporels qu'il acquiert, faute de quoi il subira l'action en revendication.

Le droit de suite est *exclu* dans différentes hypothèses :

– Le gage avec dépossession (du débiteur) est hors de cause, puisque le créancier retient le bien.

– Le nantissement porte sur un bien incorporel, souvent immatriculé (brevet, compte bancaire …). Un tiers-acquéreur ne peut pas ignorer le statut juridique du meuble incorporel qu'il acquiert.

– Dans le nantissement de créance, l'octroi d'un droit de suite n'est pas non plus nécessaire. Dès que le sous-débiteur est averti du nantissement, il doit payer le seul créancier nanti. En vertu de l'adage, qui paye mal, paye deux fois,

[1] Art. 2360 c. civ. : « Lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution.
« Sous cette même réserve, au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture. »

[2] Reinhard Dammann et Gilles Podeur, *Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu*, D. 2007, p. 319-320, spéc. p. 320 : « Si l'ensemble des créances clients d'une entreprise sont affectées au paiement des créanciers antérieurs bénéficiaires de cessions de créance à titre de garantie, le financement de sa période d'observation se révélera impossible, et la liquidation judiciaire ne pourra dès lors être évitée ».

le sous-débiteur qui a payé son créancier originaire disposera d'un recours en remboursement contre lui[1], au titre du paiement de l'indu (art. 1302-2 c. civ.[2]).

– Enfin, en présence de *gage sans dépossession portant sur un bien identifiable*, tel le fonds de commerce, le droit de suite du créancier (art. L 143-12 c. com.[3]) obéit à un régime analogue à celui du créancier hypothécaire (la purge du nantissement est organisée[4], le créancier bénéficie de la surenchère du 10ème : art. 143-13 c. com.[5]). Quoique qualifié de meuble (corporel), le fonds de commerce suit sans difficulté le régime de l'hypothèque, sauf à préciser qu'un déménagement est concevable, tout comme une résiliation du bail faisant alors disparaître l'assiette de la sûreté.

En présence d'un gage portant sur des *meubles corporels*, conclu sans dépossession du débiteur[6], l'article 2337 c. civ.[7] reconnaît un droit de suite au profit du gagiste : « lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276 [8]». Le tiers-acquéreur (ayant cause à titre particulier), subira l'action en revendication du gagiste[9] : l'article 2337 c. civ. n'est toutefois pas explicite sur le régime de cette revendication.

[1] Civ. 2e, 8 déc. 2011, n°10-23.399, Bull. n°226 (en présence d'une saisie-attribution pratiquée par un créancier, le sous-débiteur qui a payé deux fois dispose d'un recours contre le débiteur).

[2] Art. 1302-2 c. civ. : « Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.

« La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur. »

[3] Art. L 143-12 al. 1er c. com. : « Les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe. » Voir : Com., 7 juillet 2009, n°08-17.275, Bull.

[4] Art. L 143-12 al. 2 c. com. : « Lorsque la vente du fonds n'a pas eu lieu aux enchères publiques conformément aux articles mentionnés à l'article L. 143-11 l'acquéreur qui veut se garantir des poursuites des créanciers inscrits est tenu, à peine de déchéance, avant la poursuite ou dans la quinzaine de la sommation de payer à lui faite, d'effectuer des notifications à tous les créanciers inscrits, dans des conditions définies par décret. »

[5] Art. L 143-13 c. com. : « Tout créancier inscrit sur un fonds de commerce peut, lorsque l'article L. 143-11 n'est pas applicable, requérir sa mise aux enchères publiques, en offrant de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, à un dixième en sus et de donner caution pour le paiement des prix et charges ou de justifier de solvabilité suffisante.(...) »

[6] « Lorsque le gage a été régulièrement publié » (art. 2337 c. civ.) : c'est donc d'un gage sans dépossession dont il est question, puisque le gage avec dépossession est opposable aux tiers par la simple dépossession.

[7] Art. 2337 c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.

« Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet.

« Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276. »

[8] Art. 2276 c. civ. (loi n°2008-561 du 17 juin 2008), anc. art. 2279 c. civ. : « En fait de meubles, la possession vaut titre.

« Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. ».

[9] Voir Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 2e éd., 2006, n°509, p.217 : « Afin de rendre pleinement efficace l'inscription, la loi pour la première fois met à l'écart le jeu de l'article 2276 – ce que n'avait pas fait la loi de 1951 sur le nantissement du matériel et de l'outillage. Les ayants cause à titre particulier du constituant resté par hypothèse en possession (créancier saisissant, acquéreur, gagiste postérieur …) ne pourront invoquer la possession du constituant avec lequel ils ont traité même de bonne foi, et devront s'incliner devant les droits du gagiste par inscription. C'est l'une des clés de la réforme : grâce à elle, l'inscription a les mêmes effets que la dépossession à l'égard des tiers. »

688. Le **régime du droit de suite** ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique, de sorte qu'il convient d'appliquer le droit commun. L'article 2337 c. civ. ne dit rien de la bonne foi du tiers-acquéreur, ne précise pas qui (du débiteur ou du gagiste) doit rembourser au tiers-acquéreur le prix payé, ni quand ce dernier bénéficie de l'usucapion.

Lorsque le gagiste prétend suivre un meuble futur ou un ensemble de biens, la description effectuée sur le *registre* sera forcément sommaire. Certains affirment que le sous-acquéreur est réputé être de bonne foi quand il ne consulte pas le registre sur internet[1]. La solution ne s'applique pas aux autres tiers-acquéreurs, lesquels ne disposent d'aucun moyen pour savoir que le meuble a été gagé, puisqu'il ne connaît pas l'identité du sous-débiteur[2].

L'action en revendication du gagiste semble devoir être admise, même lorsque le sous-acquéreur a *déjà payé* le débiteur. Ce recours aléatoire contre le débiteur conduira l'acquéreur à opposer son droit de rétention, tant qu'il n'est pas remboursé du prix payé. Cette solution rendrait alors sans intérêt pratique l'article 2337 c. civ.

Enfin, pendant combien de temps le créancier gagiste peut-il revendiquer ? A priori, il dispose de trois ans, selon l'article 2276 al. 2 c. civ. : le tiers-acquéreur peut alors invoquer la prescription acquisitive. Mais on peut également admettre que l'inscription, prise pour cinq ans, demeure opposable.

(689- à 697. : réservés)

[1] Christophe Juillet, *La réforme du gage de stocks. Commentaire de l'ordonnance n°2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage de stocks*, D. 2016 p.561, n°20 : « l'article 2337, alinéa 3, du code civil prévoit que le gage régulièrement publié est opposable aux ayants cause particuliers du constituant, lesquels, en raison de leur mauvaise foi déduite de la publicité de la sûreté, ne peuvent faire échec aux prétentions du créancier en se réfugiant derrière l'article 2276. Ce texte, qui ne concerne que le gage sans dépossession, permet donc au créancier ayant publié sa sûreté d'exercer son droit de suite contre le tiers acquéreur du bien, même entré en possession. »

[2] Voir, avant l'ordonnance de 2006 : Com., 14 oct. 1997, n°95-10.006, Bull. n°257 : en présence d'un crédit-bail publié, « si la publicité permet l'identification des parties au contrat et des biens objets de l'opération par les créanciers ou les ayants cause à titre onéreux du client de l'entreprise de crédit-bail, il n'en va pas de même pour le sous-acquéreur, possesseur de bonne foi du bien mobilier, dont le droit de propriété demeure opposable au crédit-bailleur en dépit de l'accomplissement des formalités de publicité ».

Conclusion de la section 2ème

L'attribution judiciaire

698. L'**attribution judiciaire** permet à un créancier impayé de devenir propriétaire (plénier) du bien figurant dans l'assiette de sa sûreté : en cas de défaillance du débiteur, il compense intégralement entre le montant de la créance impayée et celui de la valeur des biens dont il devient propriétaire. En droit français, l'attribution judiciaire est une prérogative qui peut être exercée en présence d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement.

L'attribution judiciaire peut être exercée sur une *assiette* qui s'est notablement élargie puisqu'elle peut inclure les meubles et les immeubles, présents comme futurs, dont le débiteur est propriétaire.

- Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le créancier hypothécaire peut désormais l'obtenir sur l'immeuble (présent) possédé par le débiteur, sauf si l'immeuble lui sert de résidence principale (ce qui suppose que le débiteur est une personne physique).
- Les créanciers gagistes et nantis peuvent obtenir l'attribution judiciaire sur les biens meubles et immeubles qui sont (officiellement ou effectivement) en leur possession.
- L'attribution judiciaire peut être exercée sur des biens futurs, à savoir un immeuble déterminé à acquérir (hypothèque contractuelle), des meubles désignés par masse (gage ou nantissement).

L'attribution judiciaire permet de garantir des *créances dont certaines sont rechargeables*. Le créancier hypothécaire contractuel ainsi que le créancier gagiste ou nanti peuvent convenir avec le débiteur, grâce à la liberté contractuelle, d'une clause par laquelle un nouveau crédit aura la même sûreté qu'un ancien crédit. Cette clause accroît la solvabilité du débiteur : en cas de défaillance, l'exercice de l'attribution judiciaire conduira le créancier à n'avoir à verser qu'un montant réduit au titre de la soulte.

L'exercice de l'attribution judiciaire suppose que le créancier dispose soit d'une créance en rapport avec la valeur totale des biens (d'où l'intérêt d'une recharge), soit d'une

surface financière suffisante pour payer la soulte (et supporter les frais de portage). Les bénéficiaires naturels de l'attribution judiciaire sont les banquiers :

– Les banquiers sont les grands vainqueurs de la réforme de 2006. Ils sont fréquemment titulaires de créances d'un montant important, de nature à absorber une fraction importante de l'actif immobilier et mobilier de leur débiteur. Ils ont donc un intérêt évident à obtenir un surclassement, et à éviter la concurrence d'autres créanciers (éventuellement mieux classés qu'eux) qui invoqueraient leur droit de préférence.

– Les grands perdants de la réforme sont les salariés et les frais de justice, mais également (à ce stade) les créanciers économiquement utiles (conservateur, vendeur de meuble). S'ils veulent éviter le déclassement, ils devront obtenir un surclassement : c'est le mécanisme d'inflation des sûretés.

698-1. L'histoire longue, sur les deux derniers siècles, montre ainsi une évolution dans le rapport de force entre les différentes catégories de créanciers. Les créanciers de leur travail ont perdu des places, au profit des créanciers économiquement utiles (fournisseurs et prêteurs) dans les années 1950, puis au profit des créanciers du capital à compter des années 1980.

Si l'on applique la théorie cyclique imaginée par Emmanuel Leroy-Ladurie, étudiant les paysans en Languedoc entre les XIV^e^ et XVII^e^ siècles[1], l'actuelle réparation des richesses prévue en droit des sûretés ne serait qu'une phase du cycle : la préséance actuelle dont profite les banquiers pourrait être remise en cause en présence d'une phase de déclin (B2). L'exécution forcée suppose l'emploi de la force publique, il faudra bien la payer pour qu'elle fonctionne.

[1] Emmanuel Leroy Ladurie (1969), *Les paysans de Languedoc*, coll. science Flammarion : après les pestes débutant en 1348 (clôturant une phase B2 de récession), le manque de main d'œuvre a permis aux travailleurs d'obtenir des salaires élevés (phase A1 : reprise), au détriment des autres (notamment des propriétaires) ; la phase de croissance (A2) a conduit à un tassement des salaires, tandis que les entrepreneurs obtenaient une part élevée dans la production globale. La phase de stagnation (B1) a logiquement profité aux propriétaires, puisque la main d'œuvre devenue trop nombreuse (salaires en baisse) et les limites de l'expansion (baisse des revenus des entrepreneurs) face à une terre devenue rare. La phase de recul (B2) conduit à une crise généralisée : les impôts destinés à maintenir la paix sociale dans un contexte de conflits conduisent à accroître la part relative allouée au fisc (ou à ce qui en tient lieu).

Conclusion du chapitre 1er

Les sûretés réelles classiques

699. Les **sûretés réelles classiques** (privilèges, gage, nantissement et hypothèque) octroient toutes au créancier un droit de préférence, qui est déclenché lors de la liquidation des biens du débiteur défaillant. Cette prérogative (de 4ème phase) est toutefois devenue de moins en moins recherchée : elle se dévalue, ce qui explique la montée en puissance d'autres prérogatives dont certains créanciers (munis de sûretés réelles classiques) sont investis.

Le *droit de préférence* est la prérogative qui permet à un créancier d'échapper au risque d'insolvabilité de son débiteur. Mais, pour garantir efficacement un créancier, le droit de préférence doit n'être accordé qu'avec parcimonie : le nombre de créanciers doit rester limité et le montant des créances garanties ne doit absorber qu'une fraction limitée de l'actif (prévisible) du débiteur. Or, en la matière, la politique législative suivie par le législateur français a évolué notablement :

- Tout au long du XIXe siècle et jusqu'au début du XXe siècle, le législateur français a suivi une *politique restrictive* dans l'octroi des sûretés réelles. Les sûretés réelles classiques ont conservé leur valeur (tout comme d'ailleurs la monnaie nationale, puisque le franc était indexé sur l'or). La politique des sûretés réelles était ainsi gouvernée par deux constantes : un droit de préférence ne doit être octroyé que rarement (en présence d'une créance de qualité indiscutable) et la créance garantie sera d'un montant cantonné (quand elle risque d'absorber tout l'actif du débiteur : assiette générale[1] ; quand l'assiette est spéciale, ce risque est limité par l'exigence d'un bien présent[2]). Implicitement, les créanciers chirographaires voient leurs chances de paiement altérées, mais pas supprimées.
- À compter des années 1920 et surtout à partir des années 1950, le législateur français a suivi une *politique expansive (en réalité inflationniste)* dans l'octroi des sûretés réelles. La création de la sécurité sociale a conduit à lui

[1] L'assiette générale garantit une créance dont le montant est cantonné en présence d'un salaire (6 mois pour les salaires ordinaires ; 2 mois pour les salaires dus après le redressement judiciaire), de cotisations sociales ou de dettes fiscales (qui doivent être publiées au-delà d'un certain montant)

[2] Traditionnellement, le gage avec dépossession ne peut porter que sur un bien meuble présent ; l'hypothèque ne peut être inscrite que sur un immeuble présent (principe de spécialité).

octroyer un privilège analogue aux privilèges fiscaux ; la création des gages sans dépossession a été justifiée par des motifs de direction de l'économie ; avec la crise, les créanciers postérieurs (à l'ouverture de la faillite) ont obtenu également de nouveaux privilèges. La fréquence de l'octroi du droit de préférence produit deux conséquences mécaniques en présence d'un débiteur professionnel (entreprise) : premièrement, les chances de paiement des créanciers chirographaires seront supprimées ; deuxièmement, parmi les privilégiés, tous ne seront pas payés. On remarque là encore un parallèle frappant avec la politique monétaire qui a été pratiquée après les deux guerres mondiales.

– Depuis le début des années 1980 et jusqu'à présent, ce *phénomène de dévaluation du droit de préférence* s'accentue.

– Premièrement, on continue à assister à un accroissement du nombre des créanciers bénéficiant d'un droit de préférence, rendant le classement obscur.

– Deuxièmement, le montant des créances garanties ne connaît plus de limite : tous les biens et revenus présents, les masses de biens futurs et les revenus futurs peuvent être affectés au créancier gagiste ou nanti.

Dans ces conditions, il est évident que le paiement des créanciers chirographaires est devenu complètement indifférent et que, parmi les créanciers privilégiés, certains n'obtiendront rien.

Actuellement, le droit de préférence n'est plus une garantie suffisante pour un créancier quand le débiteur est une entreprise. Lors de la liquidation judiciaire, un déclencheur de 4ème phase est bien trop tardif.

Le *développement d'autres prérogatives* que le droit de préférence s'explique donc : l'attribution judiciaire se développe parce qu'elle garantit le surclassement, grâce à un déclencheur précoce (seconde phase). Le créancier gagiste ou nanti (sur son assiette élargie : supra) et le créancier hypothécaire (sauf exception : résidence principale d'une personne physique) sont alors protégés : ils réclameront l'attribution judiciaire quand le droit de préférence ne les garantit pas suffisamment. Le développement de l'attribution judiciaire s'explique par les conflits de sûretés réelles. Il en va de même avec les garanties réelles.

Chapitre 2ème

Les garanties réelles

:

les autres

prérogatives

700. Les **garanties réelles** octroient à des créanciers une prérogative grâce à laquelle ils obtiendront un paiement de substitution en prélevant à la source un bien, une créance ou une somme d'argent. Le prélèvement porte sur un actif qui ne figure plus officiellement dans le patrimoine du débiteur : c'est la raison pour laquelle ces créanciers sont dépourvus du droit de préférence et qu'ils sont présentés comme des créanciers chirographaires.

Le terme de « garanties réelles » est une *dénomination générique* apparemment neutre. Les créanciers munis d'une garantie réelle seraient assimilables à des créanciers chirographaires, puisqu'ils exerceraient une prérogative commune, prévue en régime général des obligations. C'est du moins ainsi qu'ils ont été présentés en doctrine.

– Dans la réalité, ces créanciers disposent, comme les autres créanciers munis d'une sûreté réelle, d'une prérogative octroyant un paiement de substitution exercé en cas de défaillance du débiteur[1]. Mais ce paiement porte souvent sur un actif (bien ou une créance) dont le débiteur n'est plus propriétaire (en titre).

– Le paiement de substitution obtenu par les créanciers bénéficiant d'une garantie réelle interdira toute concurrence avec les autres créanciers du débiteur et même tout conflit avec eux. On sait qu'un conflit de sûreté réelle suppose que deux créanciers se disputent, sur une même assiette, un bien dont le débiteur est propriétaire[2]. Lorsque l'actif a déjà disparu du patrimoine du débiteur, le conflit perd son objet. Le résultat procure un surclassement.

L'apparition des garanties réelles est liée au phénomène d'inflation des sûretés. Au fur et à mesure que le législateur français, au cours du XX^e^ siècle, multipliait les privilèges (et dévaluait le droit de préférence), certaines catégories de créanciers exposés à un risque excessif d'impayé (lié notamment au gel des paiements pendant la procédure collective du débiteur professionnel) ont cherché à obtenir de nouvelles prérogatives destinées à permettre un surclassement. L'objectif est de quitter au plus tôt (en 1^ère^ phase d'exécution forcée) la procédure (collective et impérative) de paiement forcé imposée aux autres créanciers et d'être payé avant eux. Cet objectif sera atteint quand les autres

[1] Sur la définition de la sûreté réelle, supra n°500 : « La sûreté réelle existe quand, en cas de défaillance de son débiteur, un créancier impayé peut exercer sur un bien une prérogative spécifique grâce à laquelle il obtiendra prioritairement un paiement de substitution. Cette prérogative permet d'échapper à la charge de la pénurie qui frappe les autres créanciers. »

[2] C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, LGDJ, 2018.

créanciers ont perdu toute prérogative sur un actif ne figurant plus dans le patrimoine du débiteur[1].

Les garanties réelles prennent la forme de prérogatives exercées en cas de défaillance du débiteur (ce qui est le trait générique de toutes les sûretés), mais elles permettent également de geler la situation, grâce à une mesure préventive qui apparaît parfois à titre autonome :

- Le créancier bénéficiant d'un *droit de rétention* bénéficie d'une mesure préventive, exercée dès la formation de l'obligation (c-à-d. souvent, la conclusion du contrat). Le débiteur se dépossédera d'un bien (ou d'une créance) au profit de son créancier : il ne le récupérera que lorsqu'il aura entièrement remboursé sa dette. Le droit de rétention est l'une des prérogatives que confèrent le gage et le nantissement de créance. Il peut être exercé à titre autonome.
- L'*action directe-sûreté* permet effectuer un prélèvement à la source (1ère phase), dès qu'un tiers doit verser (2ème phase) une somme d'argent : le créancier impayé pourra alors compenser (3ème phase) entre la somme versée par le tiers et la dette impayée du débiteur, et le solde (éventuel) aura vocation à être réparti (en 4ème phase) entre les créanciers munis d'un droit de préférence. La technique de l'action directe-sûreté suit le mécanisme de la cession de créance : dès que le débiteur (cédé) reçoit la notification de la cession, il devra verser la somme à son nouveau créancier (cessionnaire). Les créances (c-à-d. les sommes destinées au débiteur) font l'objet d'un prélèvement à la source (directement dans le patrimoine du tiers, avant le versement des fonds au débiteur).
- Le créancier bénéficiant d'une *propriété-sûreté* exigera que le débiteur lui restitue les biens (ou les créances) dont le créancier avait obtenu ou conservé la propriété : l'action en restitution permet au créancier de saisir (1ère phase de l'exécution forcée) un actif possédé par le débiteur mais qui appartient officiellement au créancier ; après fixation de la valeur de l'actif (2ème phase), il invoquera la compensation entre la valeur de cet actif et le montant de la dette impayée (3ème phase) et, si l'opération présente un solde créditeur, il versera la soulte destinée aux autres créanciers (4ème phase).

[1] Michel Cabrillac, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p.719 ; C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in Mélanges Chritian Larroumet, Économica, 2006, p. 241 ; Manuella Bourassin *Droit des sûretés*, éd. Lefevre Dalloz, coll. Sirey Université, 9e éd., 2026, n°713, p.516

Dans la lutte qui oppose les vendeurs, les prêteurs (désormais banquiers), le trésor public et les salariés, les garanties réelles permettent donc de prélever à la source deux types d'actifs différents :

– l'action directe-sûreté (section 1ère) sera souvent (mais pas exclusivement) exercée sur une créance détenue sur un tiers ;

– la propriété-sûreté (section 2ème) donne lieu à une action en revendication exercée souvent sur un bien, parfois sur une créance.

700-1. Le créancier bénéficiant d'un **droit au paiement immédiat** ne dispose pas d'une sûreté réelle, mais d'une prérogative commune (issue du régime général des obligations) qui permet de quitter la procédure collective applicable à l'ensemble des créanciers (soumis au gel des paiements).

Parmi les créanciers bénéficiant du droit au paiement immédiat, certains (comme le créancier alimentaire,) doivent être payés sans délai, sans pouvoir se voir opposer ni le délai de grâce, ni le droit du surendettement, ni le droit des procédures collectives. Ces créanciers conservent simplement leurs prérogatives de droit commun (exercées sur les biens et revenus libres de leur débiteur défaillant). Ils ne disposent d'*aucun biais légal spécifique*, même lorsque le droit des procédures collectives admet le paiement par compensation de certaines créances (connexes) antérieures.

L'hésitation au sujet du droit au paiement immédiat se comprend néanmoins, dans la mesure où la possibilité de saisir un bien (libre) ou revenu (libre), alors que l'ensemble des autres créanciers est bloqué, produit un *effet indirect de surclassement*. Celui qui peut seul saisir un bien ne partagera pas avec les autres (soumis au gel des paiements). Son paiement volontaire ou forcé lui permettra d'éteindre (définitivement) sa créance. La charge de l'insolvabilité du débiteur sera donc transférée sur les créanciers soumis au gel des paiements, ce qui est l'objectif poursuivi par tous les créanciers munis d'une sûreté réelle. Mais en l'espèce, ce résultat est obtenu sans prérogative spécifique.

Le droit au paiement immédiat apparaît comme une hypothèse-limite. Selon la logique du régime général des obligations, la question de fond consiste à organiser le paiement : le droit des procédures collectives s'inscrit dans cette logique, qui conduira soit à permettre au créancier d'obtenir (immédiatement, pour certains) la prestation à laquelle il a droit, soit à établir des obstacles à son encontre. En l'absence de prérogative spécifique, le paiement immédiat ne sera pas étudié en droit des sûretés.

section 1ère

Les actions directes-sûretés : *le prélèvement à la source d'une créance*

Résumé :

Les **actions directes-sûretés** permettent au créancier d'obtenir d'un tiers le versement d'une somme d'argent qui aurait dû être versée au débiteur. Couplée avec le droit de rétention (mesure préventive), l'action directe-sûreté permet d'exercer un prélèvement à la source efficace.

Le *droit de rétention* permet au possesseur du bien d'autrui d'en conserver la possession jusqu'à complet paiement. Cette mesure préventive permet de geler toute voie d'exécution portant sur le bien (meuble corporel ou immeuble) ou la créance retenue. En cas de vente forcée (effectuée officiellement contre le gré du rétenteur), le droit de rétention se transforme et devient une action directe-sûreté (par le report).

- La rétention est une faculté de blocage, particulièrement recherchée quand le débiteur est professionnel : à l'origine exclusivement effective (quand le bien retenu est en son pouvoir), la rétention est également devenue fictive (quand le bien est demeuré en possession du débiteur). L'assiette de la rétention s'est donc étendue.
- En cas de conflits, l'exercice du droit de rétention demeure obscur. Une jurisprudence ancienne pose que le rétenteur effectif l'emporte sur le rétenteur fictif. On ignore si un rétenteur peut bloquer l'attribution judiciaire réclamée par un gagiste ou si un rétenteur peut prélever le reliquat versé par ce dernier après compensation. La rétention devient action directe-sûreté quand le débiteur professionnel fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

L'*action directe-sûreté* permet d'effectuer un prélèvement à la source sur une créance que doit un sous-débiteur. Dès que l'opération lui est notifiée (donc bien avant la défaillance du débiteur), la créance est saisie au profit du créancier (1ère phase). Payé par le sous-débiteur (2ème phase), le créancier impayé invoquera la compensation (3ème phase). Il pourra ainsi primer les créanciers munis d'un simple droit de préférence .

- Le domaine d'application des actions directes-sûreté est en plein essor. Le trésor public y recourt avec la saisie administrative à tiers détenteur. Quand un bien appartenant au débiteur fait l'objet d'une vente forcée, le prix que doit verser le tiers-acquéreur est une créance qui peut faire l'objet d'une action directe-sûreté : il s'agit d'un report, qui transforme une prérogative (droit de rétention, propriété-sûreté, privilège mobilier général ou spécial) en action directe-sûreté.
- L'efficacité du prélèvement à la source est telle qu'elle conduira à des conflits. En principe, le premier saisissant l'emporte sur les autres. Un créancier nanti sur une créance qui a notifié en premier l'emportera sur le trésor public qui a notifié en second sa saisie administrative à tiers détenteur (sauf exceptions établies par un texte spécial).

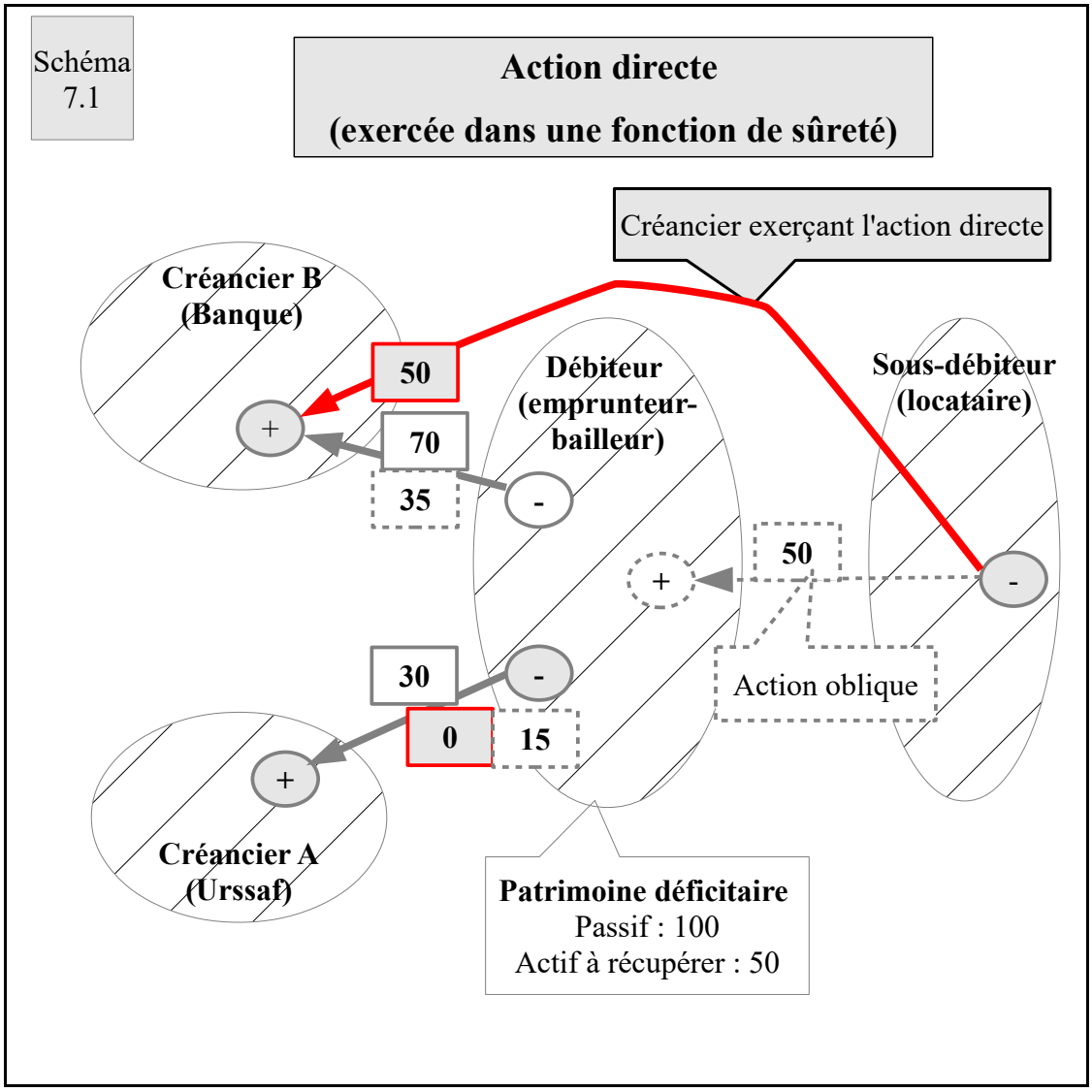
702. Les **actions directes-sûreté** permettent à un créancier d'obtenir d'un tiers (sous-débiteur) le versement d'une somme d'argent qui était normalement destinée au débiteur, mais qui sera désormais attribuée au créancier. Le mécanisme de l'action directe-sûreté suit le régime de la cession de créance.

On sait que l'*action directe* est prévue en régime général des obligations (art. 1341-3 c. civ.[1]). Un tiers (sous-débiteur) ne paiera pas son créancier originaire (par ailleurs débiteur), mais le créancier de ce dernier.

– En régime général des obligations, l'action directe est notamment prévue en présence d'un indu à trois : lorsque la mutuelle (tenue à 30% de la dépense) a trop payé (100%) et la sécurité sociale (tenue à 70%) pas assez, la première pourra exercer une action directe contre la seconde, sans demander à l'assuré de rembourser à l'une et de réclamer à l'autre. C'est un paiement simplifié[2].

– En droit des sûretés, l'action directe-sûreté permettra à un créancier d'obtenir le versement (intégral) d'une somme due par un tiers, sans que la somme ne transite par le patrimoine (déficitaire) du débiteur. Grâce à ce paiement de substitution (schéma 7.1), le créancier n'aura pas à partager (proportionnellement) avec les autres créanciers la créance qui figurait dans l'actif du débiteur[3] (ce qu'il doit faire en présence d'une action oblique)[4]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'action directe(-sûreté) n'est admise que « Dans les cas déterminés par la loi » (art. 1341-3 c. civ.[1])[5].

[1] Art. 1341-3 c. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. »
[2] *Régime général de l'obligation,* n°252, spéc. schéma 3.6
[3] *Régime général de l'obligation,* n°480 et suiv., spéc. schéma 4.8
[4] *Régime général de l'obligation,* n°470 et suiv., spéc. schéma 4.6
[5] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 8e ed., 2023, n°18, p.16



Le régime de l'action directe-sûreté est celui qui s'applique à la *cession de créance* (art. 1321 c. civ.[1]). Dès que le tiers (débiteur cédé) reçoit la notification, le cessionnaire en obtient immédiatement l'attribution :

– la créance est saisie (1ère phase), en tout ou en partie. Un créancier saisissant exerce une exécution forcée, tandis que le créancier contractuel détiendra l'actif lors de l'exécution volontaire ;

– le versement de la somme (3ème phase) aura lieu au profit du cessionnaire (créancier), lorsque la créance arrivera à échéance ;

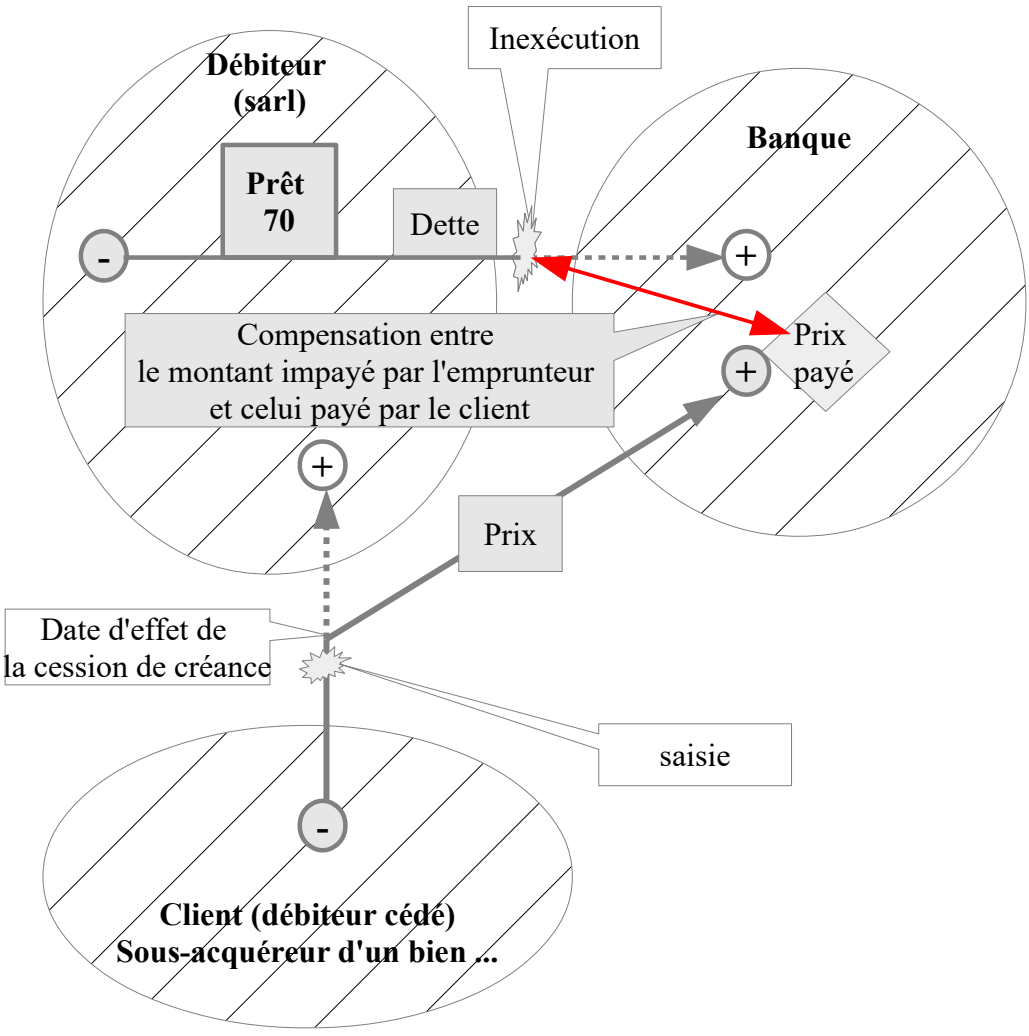
– à ce moment, le créancier compensera entre le montant de la somme payée par le cédé et le montant de la dette impayée par le débiteur (3ème phase) ;

[1] Art. 1321 al. 1er c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire »

– le solde éventuel (fréquent en présence d'une cession contractuelle : supra 1ère phase) sera versé pour attribution aux autres créanciers (4ème phase).

Schéma 7.2

Mécanisme de l'action directe-sûreté



Le mécanisme de la cession de créance permet donc, en régime général des obligations[1], à un créancier d'obtenir paiement de la part d'un tiers. En tant que créancier (cessionnaire), il peut prélever à la source : les autres créanciers du débiteur (dépourvus de l'action directe) devront se contenter de ce qu'il reste désormais dans le

[1] *Régime général de l'obligation*, n°311 et suiv.

patrimoine du débiteur (amputé d'une créance de prix, d'un revenu ...). Quant au créancier, il déclenche sa prérogative en 1ère phase de la procédure d'exécution forcée et il la quitte dès qu'il invoque la compensation : le paiement (de substitution) produit alors son effet extinctif.

703. L'efficacité du **prélèvement à la source d'une créance** (due par un sous-débiteur) est devenue une prérogative recherchée. Le mécanisme de la cession de créance exercée à titre gratuit (c-à-d. à titre de garantie), similaire à celui du nantissement de créance permet, en effet, au créancier de bénéficier de deux mesures complémentaires : le gel de l'assiette et le prélèvement à la source.

Le gel de l'assiette est assuré (à titre autonome) par le *droit de rétention*, lorsque le débiteur conserve la créance dans son actif.

- C'est le cas dans le gage (et ce, à la différence de l'hypothèque) et dans le nantissement de créance[1] (art. 2363 c. civ.[2]). En revanche, la rétention n'est pas utile dans le cadre d'une cession (fiduciaire) de créance, puisque le cessionnaire devient le seul et unique titulaire de la créance (laquelle ne figure donc plus dans le patrimoine du débiteur, cédant)
- En droit français, la rétention apparaît comme une mesure préventive qui peut être exercée sur un bien (ou une créance) qui a vocation à être restitué, en cas de paiement complet. En cas d'impayé, il existera une situation de blocage.

Le *prélèvement à la source* de la créance due par un tiers est une prérogative qui sera exercée en cas de défaillance du débiteur. C'est également la mesure prévue pour sortir de la situation de blocage quand une rétention est exercée (report) : le tiers, tenu de verser une somme d'argent pour le compte du débiteur professionnel (défaillant), devra s'acquitter de sa dette au profit du créancier rétenteur. La rétention se transforme, par le report, en sûreté réelle (c-à-d. une prérogative qui sera exercée en cas de défaillance et qui permet d'obtenir un paiement de substitution).

Il n'existe aucun rapport de nécessité entre la mesure préventive qui résulte de la rétention et le prélèvement à la source que permet l'action directe-sûreté : le report est le produit d'une décision du législateur.

[1] Avant l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, la rétention était exercée également sur les biens meubles incorporels (nantissement), ce qui incluait les créances. Depuis 2021, seul le nantissement de créance donne désormais lieu à droit de rétention.

[2] Art. 2363 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts. « Le créancier nanti, comme le constituant, peut en poursuivre l'exécution, l'autre dûment informé. »

- Le droit de rétention (§1er) est donc une mesure préventive qui permet de geler une assiette, en présence d'une dette en cours de remboursement ;
- Les actions directes-sûretés (§2ème) permettent (y compris aux rétenteurs) d'obtenir un paiement de substitution, en cas de défaillance du débiteur professionnel.

§1er/ Le droit de rétention :

le blocage exercé à titre préventif

704. Le **droit de rétention** confère à un créancier impayé le droit de refuser la restitution de la chose d'autrui, tant qu'il n'est pas intégralement payé de sa créance. Cette faculté de blocage réglementée à l'article 2286 c. civ.[1], permet de geler une assiette, en interdisant aux autres créanciers d'exercer toute voie d'exécution sur le bien retenu[2].

Le *gel de l'assiette* au profit du créancier est assuré par la rétention, exercée comme une garantie de paiement. Cette prérogative prévue en droit du contrat avec l'exception d'inexécution (art. 1219 c. civ.[3]) ne deviendra une sûreté que si la valeur du bien retenu permet d'éponger la dette impayée.

- En application de la logique du donnant-donnant (qui caractérise le contrat synallagmatique), le contractant impayé retiendra un bien soit afin de ne pas s'appauvrir sans contrepartie (pas de paiement, pas de livraison), soit afin d'exercer une pression sur le cocontractant (pas de paiement des frais de notaire, pas de remise du titre de propriété sur l'immeuble[4]). Si le bien retenu est nécessaire, mais sans valeur intrinsèque (titre de propriété, retenu par le notaire

[1] Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :
1º Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;
2º Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
3º Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.
« Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

[2] Venant comme un cheveu sur la soupe, l'article 2286 c. civ. fait suite aux articles 2284 c. civ., relatif au droit de gage général, et 2285 c. civ., décrivant le fonctionnement du droit de préférence.

[3] Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

[4] Ce sera uniquement une faculté de blocage, obéissant à la logique du donnant-donnant. Il en ira ainsi pour les documents retenus par un commissaire-priseur ou un avocat. Voir, art. R 444-15 (issu du décret n°2016-230 du 26 février 2016) : « Le droit de rétention appartient aux commissaires-priseurs judiciaires, aux huissiers de justice, aux notaires et aux avocats, pour garantir le paiement des tarifs régis par le présent titre, et, le cas échéant, le remboursement des frais et débours. »

contre paiement de ses honoraires ; preuve d'un contrat, retenue par l'avocat etc ...[1] ; carte grise du véhicule vendu), le rétenteur impayé exerce une gêne (parfois intense), mais elle reste une simple garantie de paiement.

– En droit des sûretés, la rétention exercée sur le bien ne sera une garantie de paiement (de substitution) que si, premièrement, la valeur du bien retenu (assiette de la sûreté réelle) est suffisante pour éponger la dette, et, deuxièmement, si la rétention peut se transformer en une prérogative spécifique octroyant un paiement de substitution en cas de défaillance du débiteur. Or, précisément, cet effet du droit de rétention ne va pas de soi.

Les *effets du droit de rétention* ont donné lieu à un débat doctrinal (et jurisprudentiel), pour savoir si le droit de rétention entre ou non dans la définition d'une sûreté réelle.

– En tant que tel, le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle, car il n'octroie pas au créancier un paiement de substitution en cas de défaillance du débiteur.

– Mais le droit de rétention peut se transformer (grâce au « report ») et devenir une action directe-sûreté : le report exercé sur la valeur du bien (initialement retenu) permettra alors d'obtenir un paiement de substitution (efficace).

Le droit de rétention permet donc de geler toute voie d'exécution sur un bien, dès lors qu'un créancier est en droit de le retenir : les conditions posées au droit de rétention (I) justifieront des effets (II) qui conduiront à percevoir cette prérogative comme une sûreté réelle spécifique.

I/ Les conditions du droit de rétention

705. Les **conditions du droit de rétention**[2] sont destinées à limiter la prétention qu'un créancier aurait de mettre la main sur une chose appartenant à autrui et de refuser de s'en dessaisir tant qu'il n'est pas payé[3].

[1] Droit de rétention (art. 22 du décret n°96-1080 du 12 décembre 1996) exercé par l'huissier de justice sur les clefs d'un immeuble ayant donné lieu à expulsion de son occupant, afin de garantir le paiement de sa rémunération et de ses débours : Civ. 1ère, 11 mai 2017, n°15-26.646, Bull. ; RD bancaire et financier 2017, comm. 118, note Dominique Legeais.

[2] N. Catala-Franjou, *De la nature juridique du droit de rétention*, RTD civ. 1967, p.9 ; R. Rodière, note D. 1965, p.59 ; A. Ghozi, « Sur la dualité du droit de rétention », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX°siècle*, Litec, 2001, p.719 à 730 ; A. Aynès, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, th. Paris II, 2005.

[3] Pour une définition plus extensive : « *Le droit de rétention est le droit de « retenir » une chose qui aurait dû être restituée* » (Simler et Delebecque, *Droit des sûretés*, Précis Dalloz, 1995, n°478, p.399)

– Le rétenteur n'utilise pas une voie légale (une voie d'exécution), alors qu'il refuse unilatéralement de rendre un bien qui ne lui appartient pas ; le droit n'a pas nécessairement pour fonction de valider un tel moyen de pression, sauf à justifier cette rétention en la considérant comme légitime, et donc en parlant de *droit* de rétention.

– Les conditions du *droit* de rétention ont ainsi pour fonction de fixer les cas dans lesquels il est légitime de retenir le bien d'autrui, en évitant que le droit de rétention ne se transforme en prérogative sauvage. En effet, il peut arriver qu'une chose (les clefs de l'appartement que le débiteur laisse sur une table …) arrive fortuitement entre les mains d'un créancier : de quel droit le créancier prétendrait-il la retenir ?

La jurisprudence avait posé des conditions, assez peu strictes à la vérité, et qui le sont devenues de moins en moins : une créance qui existe ; une détention effectivement exercée par le créancier sur un meuble corporel ; un lien de connexité entre la détention du bien et la créance dont se prévaut le créancier. Les juges ont même admis que la rétention pouvait être exercée sur un bien n'appartenant pas au débiteur.

En 2006 et en 2008 (loi n°2008-776 du 4 août 2008[1]), le législateur a élargi ce cadre, en supprimant la connexité et même en reconnaissant aux créanciers gagistes sans dépossession un droit de rétention, lequel sera nécessairement fictif, puisque le bien (désormais meuble corporel, créance ou immeuble) est effectivement possédé par le débiteur. La rétention consacrée au début du XXIe siècle est devenue extensive.

Le droit de rétention connaît donc un développement contemporain (qui pourrait s'expliquer par le phénomène d'inflation des sûretés réelles) : les conditions d'octroi du droit de rétention sont devenues de plus en plus souples afin de bénéficier à un nombre accru de créanciers. Les cas jurisprudentiels (1) n'avaient pour assiette qu'un meuble corporel ; les extensions légales (2) réalisées au XXIe siècle permettent désormais de retenir un bien quelconque.

1/ Les cas jurisprudentiels *: la connexité entre la créance et la chose retenue*

707. La **jurisprudence** a consacré le droit de rétention en fixant des conditions que les juges ont progressivement élargi, un créancier impayé pouvant donc retenir le bien d'autrui lorsque la chose dont il devient possesseur présente un lien avec sa créance.

[1] Loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie

Une « *créance impayée* » (art. 2286 2° et 3° c. civ.[1]) est la moindre des conditions : la jurisprudence n'est d'ailleurs pas très exigeante, puisqu'il suffit que la créance devienne liquide[2] et exigible lorsque celui dont le bien est retenu se plaint de la rétention. En somme, il suffit d'une *créance présente*, certaine, proche de la liquidité ou de l'exigibilité.

La *rétention* exercée par le créancier impayé suppose que la chose soit un meuble corporel, seul susceptible de détention[3]. La jurisprudence n'exige pas que le bien retenu appartienne au débiteur : le bien retenu peut appartenir à un tiers (Civ. 1ère, 7 janv. 1992[4]).

– Ainsi, le bailleur (impayé) peut-il retenir les meubles présents dans le local loué, même quand ces meubles font l'objet d'une clause de réserve de propriété (Com., 6 novembre 2010[5]).

– Le client sur le terrain duquel est laissé une foreuse, utilisée par l'entrepreneur mais faisant l'objet d'un crédit-bail, peut pareillement la retenir (Com., 17 février 2021[6]).

– Le tiers-acquéreur d'un meuble gagé pourrait également exercer sa rétention, tant que le débiteur (ou le gagiste) ne l'a pas remboursé du prix d'achat (supra n°688). Cette faculté rendrait inefficace le droit de suite du gagiste sans dépossession.

La rétention est un moyen de pression exercé aussi bien sur le débiteur (incité à payer sa dette pour recouvrer son bien) que sur un tiers (incité à prendre ses précautions avant de transférer la possession du bien).

---

[1] Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : (..)
2º Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
3º Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose. ».

[2] Art. L 111-6 c. proc. civ. d'ex. : « La créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation. »

[3] Mais ce meuble corporel retenu peut être l'accessoire d'un bien immeuble : Civ. 1ère, 11 mai 2017, n°15-26.646, Bull. ; RD bancaire et financier 2017, comm. 118, note Dominique Legeais : « Exercé sur les clefs d'un immeuble que cet officier ministériel détient pour avoir instrumenté l'expulsion de son occupant, [le droit de rétention institué au profit de l'huissier de justice, par l'article 22 du décret n°96-1080 du 12 décembre 1996, pour garantir le paiement de sa rémunération et de ses débours] n'emporte pas la détention de l'immeuble lui-même et, partant, l'obligation pour l'huissier de justice d'assurer la conservation de ce bien. »

[4] Civ. 1ère, 7 janv. 1992, n°90-14.545, Bull. n°4.

[5] Com.,16 nov. 2010, n°09-70.765 ; Revue Lamy droit des affaires, 2011, n°3213, p. 26-27, note Guillaume Bocobza-Berlaud : (abstrat) « Le privilège du bailleur d'immeuble porte sur tous les meubles garnissant le local loué, même s'ils appartiennent à un tiers, sauf s'il est établi que le bailleur connaissait l'origine de ces meubles lorsqu'ils ont été introduits dans ce local. / En conséquence, viole l'article 2332 du code civil la cour d'appel qui, pour ordonner la restitution au vendeur sous réserve de propriété des marchandises vendues et entreposées dans un local loué, saisies par le bailleur, retient que le privilège de ce dernier ne s'exerce que sur le patrimoine du débiteur, dans lequel lesdites marchandises n'étaient pas rentrées. »

[6] Com., 17 févr. 2021, n°19-11.132 , D. 2021, p.1015, note C. Juillet ; RPC 2021, n° 3, Comm. 68, p. 41, obs. A. Aynès ; RDBF 2021, n° 3, Comm. 61, p. 53, obs. D. Legeais : « point 4. (...) la société Centrale solaire (...) était fondée à opposer son droit de rétention à la société Natixis Lease, propriétaire de cette chose. »

Pour l'essentiel, les conditions relatives à la créance impayée et à la détention sont souples. La véritable condition posée par les juges tient au lien de connexité qui doit exister entre la créance impayée et le bien retenu.

707-1. En logique, il serait naturel que le droit de rétention ne puisse être opposé par un rétenteur-créancier que si sa **créance** est indiscutable (à la fois certaine, liquide et exigible) : le rétenteur retient la chose d'autrui, en exerçant une faculté unilatérale. La jurisprudence estime toutefois que le droit de rétention est légitime, même lorsque la créance due par le débiteur n'est pas encore complètement liquide ou exigible.

Premièrement, la créance n'est *pas encore liquide*, lorsque le débiteur ne doit payer sa dette qu'à terme (le propriétaire du véhicule confie pour réparation sa voiture au garagiste et la convention prévoit que la réparation est payable en fin de mois). La jurisprudence estime que le droit de rétention est légitimement exercé, si la créance est devenue liquide lorsque le débiteur agit en justice pour réclamer la chose due. Si le débiteur réclame en justice le véhicule au cours du mois, le droit de rétention est illégitime ; si le débiteur réclame le véhicule en fin de mois (au moment où la dette est liquide), le droit de rétention est légitime. Cette solution est curieuse, car le créancier commet une sorte de voie de fait, dont la validité est subordonnée à l'exercice de l'action en justice par le débiteur.

Deuxièmement, la jurisprudence admet aussi que la légitimité du droit de rétention, même lorsque la créance n'est *pas encore exigible*. Si le débiteur bénéficie d'une prorogation judiciaire ou légale de sa dette (délai de grâce accordé par le juge ; suspension provisoire des poursuites en cas de redressement judiciaire), le créancier est en droit d'opposer son droit de rétention.

Il suffit que la créance soit certaine ; et proche de la liquidité et de l'exigibilité. La jurisprudence valide donc un moyen de pression exercé unilatéralement par le créancier à l'encontre du débiteur, alors même que le créancier ne dispose d'aucun titre juridique conventionnel pour justifier la rétention du bien d'autrui.

707-2. La **détention** s'exerce nécessairement sur une *chose mobilière corporelle*, dont le créancier est mis en possession. La jurisprudence a toutefois posé des conditions propres : outre l'exclusion (logique) en présence d'un bien incorporel, le droit de rétention est exclu en présence d'une chose *corporelle hors commerce* (art. 1162 c. civ.[1] : un cercueil[2] ou des prothèses dentaires[3]). La rétention des clés d'un appartement a été refusée[4] au profit du créancier, cherchant en réalité à retenir l'immeuble.

[1] Art. 1162 c. civ. : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public (...)i par ses stipulations (...) ». Anc. art. 1128 c. civ. : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

[2] Ainsi : refus du droit de rétention sur le cercueil (Trib civ. Seine, 20 déc. 1932)

[3] Civ. 1ère, 9 oct. 1985, n°84-10245 ; Bull. n°251 ; Gaz. Pal., 20 mars 1986, n°78-79, note Ph. Bertin ; D. 1986, n°31, note Jean Penneau : « Le contrat conclu en vue de la pose d'une prothèse dentaire oblige le chirurgien-dentiste à mener l'opération à son terme ; ce praticien ne dispose d'aucun droit de rétention sur l'appareil qu'il s'est engagé à poser ». La prothèse dentaire (même non posée) est un prolongement du corps humain

[4] Civ. 3e, 23 oct. 2002, n°98-18109 ; Bull. n°209 : « le créancier vendeur d'un immeuble à construire ne pouvait exercer un droit de rétention sur les clés jusqu'au règlement de sa créance régulièrement déclarée et devait livrer les locaux, dès lors qu'elle a constaté que l'immeuble était achevé lors de sa revente par le liquidateur. »

En présence d'un *immeuble*, la jurisprudence s'oriente vers la reconnaissance d'un droit de rétention, au profit de celui qui occupe l'immeuble[1], notamment afin de garantir la restitution du prix d'achat (vente résolue) et le remboursement des impenses réalisées sur l'immeuble. Il s'ensuit que le droit de rétention, reporté sur le prix[2], octroie au rétenteur de l'immeuble une prérogative bien plus efficace que l'hypothèque (infra).

708. La condition de **connexité**[3] est la seule véritable condition posée traditionnellement par les juges : un lien vague[4] de proximité entre la créance garantie et la chose retenue doit exister, afin d'encadrer l'exercice du droit de rétention, pour éviter qu'il ne devienne complètement "sauvage". Ainsi, la connexité est absente, lorsqu'une chose vient par hasard en la possession du créancier[5]. Les deux cas traditionnels de connexité, visés aux 2° et 3° de l'article 2286 c. civ., vont permettre au créancier, contractuel ou quasi-contractuel, de retenir la chose venue naturellement en sa possession.

Ainsi, selon l'article 2286 2° c. civ.[6], la connexité sera *contractuelle* (ou juridique, selon la doctrine), lorsqu'il existe une relation entre l'exécution du contrat (la créance) et la rétention du bien.

- Ainsi, le contrat (de dépôt) impose par un *lien de nécessité* la remise d'une chose : le cocontractant ne reprend possession de sa chose que s'il paye son créancier[7].
- La connexité contractuelle est aussi admise en présence d'un *lien de fréquence* entre l'exécution du contrat et la détention de la chose[8]. Ainsi, si un voyageur loue une chambre à un hôtelier qu'il ne paye pas immédiatement, le

[1] Civ. 3e, 16 déc. 1998, n°97-12702, Bull. n°253 ; Droit et patrimoine, 2000, n°81, p. 42, note S. Piedelievre : « l'opposabilité du droit de rétention n'est pas subordonnée à la publicité foncière »

[2] Com., 30 janvier 2019, n°17-22.223, Bull. ; Gaz. Pal. 2019, n°11, p. 23, note Sarah Farhi : (abstrat) « Il résulte de l'article L. 642-20-1 du code de commerce qu'à défaut de retrait de l'immeuble légitimement retenu, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement d'ouverture, demander l'autorisation au juge-commissaire de procéder à sa réalisation, le droit de rétention étant alors de plein droit reporté sur le prix. »

[3] Le terme vient du latin *connectere*, lier. La connexité est un rapport de dépendance, de similitude entre deux termes.

[4] Terré, Simler, Lequette, *Les obligations*, 2002, n°1404, p.1295 : « La connexité, en définitive, ne peut être enfermée dans une définition technique précise. Des considérations d'équité et d'opportunité ne sont sans doute pas absentes dans l'appréciation des juges. »

[5] Ainsi un garagiste prétendant retenir les clés de l'appartement du débiteur, à raison d'une créance portant sur la réparation du véhicule.

[6] Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 2°/ Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ».

[7] Ainsi, le dépositaire, qui conserve moyennant salaire, une chose, ne le restituera au déposant que s'il est payé des frais de conservation. L'hypothèse est prévue par l'article 1948 c. civ., en présence d'un dépôt : « Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt ». De même, pour exécuter un contrat de transport, le propriétaire du bien doit le remettre au transporteur (cas dérivé, qui n'était pas légalement consacré)

[8] Soc., 9 janv. 1958, bull. n°56 : une ouvrière retient la machine que l'employeur lui a confiée, tant que ses salaires ne sont pas payés. On peut hésiter sur la qualification : la matière première remise (tissus) est nécessaire à l'exécution du contrat (1er cas : rapport de nécessité) ; la présence d'un matériel appartenant à l'employeur n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat (2nd cas : rapport de fréquence).

contrat est valablement conclu, que le voyageur soit muni de bagages ou non. Le contrat d'hébergement ne porte pas sur la chose (les bagages), mais il entretient avec cette chose (les bagages) un rapport (fréquent) avec l'exécution du contrat : ce rapport connexe, un peu plus lointain entre la chose retenue (les bagages présents dans la chambre) et la créance (de l'hôtelier) permet à l'hôtelier de retenir les bagages tant que la chambre n'est pas payée.

En somme, lors de l'exécution d'un contrat, la chose ne doit pas venir fortuitement en possession du créancier impayé : la chose lui a été remise, lors de l'exécution du contrat ou pour exécuter le contrat.

L'article 2286 3° c. civ.[1] valide aussi la *connexité quasi-contractuelle* (ou matérielle, selon la doctrine), lorsque le créancier, possesseur d'une chose (appartenant à son débiteur ou à un tiers[2]), doit se faire rembourser des frais (dépenses d'amélioration[3] : la chose retenue est enrichie par le quasi-contractant) ou sa contrepartie (lorsque le contrat est annulé). La rétention quasi-contractuelle garantit les restitutions, à la manière de l'exception d'inexécution (mais sans avoir à notifier les motifs de la rétention[4]) ou pour paralyser un droit de suite (supra n°707).

La condition de connexité postule donc qu'il existe une créance impayée, reliée par un rapport de proximité avec le contrat ou quasi-contrat. Ce rapport de connexité est soit un lien nécessaire, lorsque la chose doit être remise pour exécuter le contrat[5] ; soit un lien fréquent, lorsque la chose est fréquemment remise lors de l'exécution du contrat[6].

708-1. La connexité **quasi-contractuelle** joue en présence d'un contrat *annulé ou résolu* après exécution réciproque (tant que l'un n'est pas remboursé, il ne restitue pas : cas qui correspond à l'exception d'inexécution).

[1] Art. 2286 c. civ. « 3°Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose »

[2] Com., 14 juin 2023, n°20-19.948, Bull. ; D. 2023. 1173 ; JCP 2023. 926, note C. Golhen ; LEDB sept. 2023, n° DBA201r3, obs. M. Mignot : « (…) le fréteur [peut se prévaloir] d'un droit de rétention (…) contre un tiers, propriétaire de la marchandise se trouvant à bord de son navire, en raison d'une connexité matérielle ou juridique entre la créance invoquée et la marchandise retenue. »

[3] Le possesseur a non domino, créancier des impenses, retenir légitimement le bien qu'il doit restituer à son véritable propriétaire, tant que ce dernier ne lui rembourse pas ces impenses. L'hypothèse doit viser un meuble, sujet à rétention : tel n'est pas le cas en présence d'un immeuble (mais une solution analogue vaut pour l'immeuble). Civ. 3e, 12 mars 1985, Bull. n°50

[4] Art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

[5] Il faut remettre une chose pour effectuer un transport de marchandises ; les travaux d'amélioration doivent être effectués sur la chose pour qu'un propriétaire a non domino retienne.

[6] Ainsi, l'hôtelier qui conserve les bagages du client ; le quasi-contractant, au titre des restitutions consécutives à l'annulation du contrat.

L'hypothèse présente un intérêt singulier pour le *possesseur de bonne foi devant restituer* un bien meuble après un achat normal, solution expressément prévue par l'article 2277 c. civ.[7]. En effet, dans la mesure où il arrivera désormais fréquemment qu'un acquéreur a non domino sera confronté à une demande de restitution de la part du véritable propriétaire (lequel peut être aussi un gagiste sans dépossession), sa mise en possession lui permet d'invoquer son droit de rétention, tant qu'il n'est pas remboursé (par le débiteur ou le créancier gagiste revendiquant) du prix d'achat qu'il a versé (art. 2276 c. civ.[8]). Depuis l'ordonnance de 2006, légalisant un *droit de suite* au profit du créancier gagiste sans dépossession (art. 2337 c. civ.[9]), la question de la connexité quasi-contractuelle prend une importance déterminante. Le tiers-acquéreur, exposé au droit de suite du créancier gagiste, pourra-t-il retenir le bien dont il est possesseur, jusqu'au remboursement du prix d'achat? Dans l'affirmative, l'action en revendication du créancier gagiste perdrait tout intérêt.

Certains arguments peuvent conduire à rejeter le droit de rétention. Premièrement, pour invoquer l'article 2277 c. civ., et opposer son droit de rétention, le possesseur qui demande le remboursement du prix d'achat, doit avoir acquis de bonne foi (marchand de choses pareilles). Or, ne risque-t-on pas de lui opposer la publicité ? Deuxièmement, en considérant que le gagiste sans dépossession est, lui aussi, investi d'un droit de rétention (depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008), son droit de rétention fictif pliera-t-il devant le droit de rétention effectif du tiers-acquéreur ?

D'autres dispositions conduisent, en revanche, à penser que le droit de rétention pourrait être opposé par l'acquéreur a non domino : lorsqu'un gage avec dépossession se constitue après un gage sans dépossession régulièrement inscrit, le gagiste avec dépossession peut (avec un doute sur le sens de la formulation légale) opposer son droit de rétention (art. 2340 c. civ.[4]). Pourquoi un rétenteur (gagiste avec dépossession) pourrait-il retenir, et pas l'autre (le tiers-acquéreur) ? Le tiers-acquéreur pourrait aussi invoquer la supériorité de son droit de rétention effectif sur le droit de rétention fictif du créancier gagiste sans dépossession.

---

[7] L'exemple le plus connu est celui des meubles perdus ou volés : l'acquéreur a non domino est tenu de le restituer au propriétaire, sous réserve d'être indemnisé par le propriétaire, si le meuble a été acheté dans des conditions normales (remboursement du prix d'achat : 2280 c. civ.). L'acquéreur évincé bénéficie d'un droit de rétention.
Art. 2277 c. civ. (depuis loi n°2008-561 du 17 juin 2008): (1804) « Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. »
(inséré par loi n°2008-561 du 17 juin 2008) « Le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2332, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté. »

[8] Art. 2276 c. civ. (loi n°2008-561 du 17 juin 2008), anc. art. 2279 c. civ. : « En fait de meubles, la possession vaut titre.
« Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. ».

[9] Art. 2337 al. 3 c. civ. : « Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2279 ».

[4] Art. 2340 al.2 c. civ. : « Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier. »

(709- à 714. : réservés)

2/ Les cas légalement consacrés *:* *le droit de rétention volontairement consenti*

715. Le **législateur contemporain** a défini de manière plus extensive le droit de rétention, lors de l'adoption de l'ordonnance de 2006, puis lors de l'adoption de la loi n°2008-776 du 4 août 2008, ayant introduit un nouveau cas à l'article 2286 c. civ.

La jurisprudence de la chambre commerciale avait ouvert la voie : en décidant qu'un créancier pouvait retenir non pas la chose elle-même, mais un *accessoire de la chose* (comme, par exemple, la carte grise d'un véhicule[1]), les juges semblaient[2] ouvrir la voie à une autre hypothèse, celle d'un droit de rétention consenti. Le législateur de 2006 a validé l'hypothèse.

Depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008, un pas supplémentaire a été franchi : les gagistes sans dépossession ont, eux aussi, obtenu un droit de rétention, sur les meubles que le débiteur a donc en sa possession.

L'article 2286 1° et 4° prévoit ainsi deux hypothèses supplémentaires qui transforment radicalement le droit de rétention. Son assiette peut désormais porter sur un bien quelconque, meuble corporel ou incorporel, et même un immeuble, ce qui a pour effet de multiplier le nombre de rétenteurs. Désormais, sont également rétenteurs celui qui obtient une remise volontaire de la chose (a) et celui qui exerce une rétention fictive (b).

a/ La remise volontaire d'une chose *: un diminutif informel du gage*

716. La r**emise volontaire d'une chose** est prévue à l'article 2286 1° c. civ.[3] : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1º Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ». La remise volontaire d'une chose, jusqu'au paiement de la créance, s'effectue dans le cadre d'un contrat : les parties préciseront l'assiette de la rétention et la dette garantie.

[1] Com., 16 mars 1965, Bull. n°200 : la cour d'appel avait refusé le droit de rétention, au motif que le créancier devait recourir au gage sur véhicule automobile, ce qu'il avait omis de faire ; l'arrêt est cassé : « la détention des documents et la créance de la Cofica avaient leur source dans un même rapport juridique ». Com., 31 mai 1994, n°92-16505 ; Bull. n°195 p. 156

[2] En effet, la jurisprudence était confuse : Com., 11 juill. 2000, n°97-12374, Bull. n°142 p. 127 ; R.J.D.A. 2000, p. 751, conc. M.C. Piniot ; D. 2001, p. 465, note S. Piedelievre : « Le droit de rétention des documents administratifs relatifs à une chose n'a pas pour effet d'étendre l'objet de la garantie représenté par les documents à la chose elle-même ». Le rétenteur de la carte grise peut-il interdire au gagiste sans dépossession de faire vendre le véhicule ou le saisir ? Non, semble-t-il (Com., 22 mars 2005, n°02-12881).

[3] Art. 2286 1er c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1º *Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance* ».

L'*assiette de la rétention* portera sur une chose (propriété du débiteur[1]) qui doit avoir été « remise ». La notion de remise d'une chose donnera lieu à certaines précisions par la jurisprudence :

– à l'évidence, un meuble corporel peut être remis. La remise correspond à la dépossession dans le gage : un véhicule sera remis, et retenu, tant qu'un prêt à la consommation n'est pas remboursé. La remise peut porter sur un accessoire d'un meuble corporel : débiteur et créancier peuvent convenir que la carte grise du véhicule sera retenue ;

– la remise peut-elle porter sur un immeuble, dont le créancier serait mis en possession (avec les clefs) ? On sait que, dans le gage immobilier (art. 2387 c. civ.[2]), la rétention peut être exercée sur un immeuble ; en dehors de la conclusion d'un gage immobilier, une rétention simple est-elle admise (et opposable aux tiers) ?

– la remise peut-elle également porter sur une créance (dont le titre serait matériellement remis au créancier) ? La question pourra se poser, notamment si un tiers prétend saisir la créance (régime d'une cession de créance) ou la détenir (dans le cadre d'un nantissement de créance, conclu avant ou après la remise du titre).

– la remise peut-elle encore porter sur un meuble incorporel (compte-titre ; brevet …) ? La question se posera après l'adoption de l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, puisque, désormais, le créancier nanti ne bénéficie plus d'un droit de rétention dans le cadre du nantissement (art. 2355 al. 5 c. civ.[3], supra n°677). Peut-il en disposer par le biais d'une rétention convenue ?

La *créance garantie* sera aussi bien présente que future ou éventuelle. L'article 2286 c. civ. ne pose aucune condition particulière : il faut une créance (« Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance »). La remise volontaire de la chose obéit à

[1] Com. 14 juin 2023, n° 20-19.948, Bull. ; D. 2023. 1173 ; JCP 2023. 926, note C. Golhen ; LEDB sept. 2023, n° DBA201r3, obs. M. Mignot : «(...) le droit de rétention conventionnel que le fréteur tient du contrat d'affrètement ne peut être exercé que sur les biens de son cocontractant (...) ».

[2] Art. 2387 c. civ. : « Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; il emporte dépossession de celui qui le constitue. »

[3] Art. 2355 c. civ. : al. 4 « Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.
al. 5 : « Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, à l'exclusion du 4° de l'article 2286. »
Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. »

la logique du dépôt de garantie : tant qu'une dette existe envers le garagiste, ce dernier retiendra le véhicule qui lui est confié. Il suffit que le contrat le prévoit.

Le *contrat conclu* entre le créancier (rétenteur) et le débiteur permet au rétenteur de disposer d'un juste titre pour justifier sa rétention, ainsi que d'une preuve.

– La liberté contractuelle supplée l'absence de lien objectif entre la dette et la chose retenue : un véhicule pourra être retenu pour garantir le remboursement d'un prêt immobilier (comme dans le gage). Dans le cadre de la remise volontaire, aucune condition de connexité entre la chose retenue et la créance n'est imposée ;

– La preuve du contrat s'effectuera par écrit (preuve légale), mais l'écrit n'est pas une condition de forme. On sait que le gage avec dépossession est conclu par écrit, condition de forme (art. 2336 c. civ.[1]) et suppose une remise de la chose (afin que le gage soit opposable aux tiers : art. 2337 c. civ.[2]). Le droit de rétention volontairement consenti obéit à des conditions moins strictes : il suffit qu'il existe un accord entre les parties[3]. Un échange de mails suffira donc à établir le caractère volontaire de la rétention et précisera à la fois l'assiette de la rétention et le caractère englobant de la créance garantie.

La *remise volontaire d'une chose* permet donc à un créancier d'obtenir une mesure préventive, sans avoir à respecter les conditions formelles imposées dans d'autres sûretés comme le gage (mobilier et immobilier) et peut-être également le nantissement. Un simple accord, convenu avec le débiteur, suffit.

b/ La rétention fictive du gagiste sans dépossession

717. Le créancier **gagiste sans dépossession** bénéficie de la rétention fictive depuis la loi du 4 août 2008[4] qui a introduit un 4° à l'article 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 4° *Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* ».

Ce droit de rétention figure désormais parmi les suites (implicites et impératives) de la convention de gage (sans dépossession), le législateur de 2008 ayant généralisé la

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

[2] Art. 2237 c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite./ Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet. »

[3] Com., 16 mars 1965, Bull. n°200 : « Vu l'article 1134 [devenu 1103] du Code civil ; attendu que (…) les parties ont, par un accord tacite, renoncé à la constitution de gage (…), qu'elles ont remplacée par la simple remise à la société prêteuse des pièces relatives à ces véhicules ».

[4] Loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, art. 79.

solution ponctuelle dont bénéficie le gagiste (sans dépossession) sur véhicule automobile (art. 2352 c. civ.[1]).

- le contrat de gage (sans dépossession) ne peut pas écarter la rétention dont dispose le créancier gagiste. L'article 2286 4° c. civ. est impératif ;
- aucune clause du contrat ne mentionne l'existence de cette prérogative : elle va de soi.

Telle qu'elle est mentionnée à l'article 2286 4° c. civ., la rétention fictive exercée par le gagiste sans dépossession n'est *pas une prérogative autonome* : elle n'existe que si le gage sans dépossession est correctement formé. En 2008, il s'agissait donc uniquement d'étendre la liste des bénéficiaires du droit de rétention.

L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 a néanmoins ponctuellement restreint cette liste : en effet, les créanciers nantis sur un meuble incorporel autre qu'une créance ne disposent plus de la rétention fictive (art. 2355 al. 5 c. civ.[2] : « à l'exclusion du 4° de l'article 2286 »).

(719- à 724. : réservés)

724. La liste des **bénéficiaires du droit de rétention** s'est, dans l'ensemble, notablement étoffée depuis le début du XXIe siècle.

La jurisprudence avait encadré la rétention en exigeant un rapport de connexité entre la chose retenue et la créance impayée. La rétention, dans ces conditions, n'était pas une véritable concurrente des autres sûretés réelles (octroyant, parmi leurs prérogatives, la rétention). Une rétention volontairement consentie par contrat, en dehors du gage, était donc interdite.

En 2006, le législateur brise cette jurisprudence. La rétention volontairement consentie est valide à titre autonome : une rétention (effective) sera valablement exercée, même lorsqu'un contrat (formel) de gage n'est pas conclu. Le domaine exact de l'extension à donner à ce cas (art. 2286 1° c. civ.) n'est pas complètement connu : un immeuble, une

[1] Art. 2352 c. civ. « Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession ».

[2] Art. 2355 c. civ. : al. 4 « Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.
al. 5 : « Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, à l'exclusion du 4° de l'article 2286. »
Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. »

créance et un meuble incorporel peuvent-ils faire l'objet d'une rétention volontairement consentie ?

En 2008, le législateur octroie au gagiste sans dépossession une nouvelle prérogative : la rétention fictive est l'une des prérogatives dont dispose tout créancier gagiste (même sans dépossession). En 2021, le législateur restreint ponctuellement cette prérogative : le créancier nanti n'en dispose plus.

Les créanciers bénéficiaires de la rétention appartiennent à deux grandes catégories :

- le créancier contractuellement prévoyant, suffisamment puissant pour obtenir la remise volontaire d'une chose et pour obtenir un gage sans dépossession, est souvent un banquier ;
- ponctuellement, des prestataires de service (réparateurs, comme les garagistes) sont protégés également par la remise volontaire.

L'extension de la rétention, à titre autonome (remise volontaire) et comme prérogative (gage sans dépossession ; nantissement de créance), s'explique par les effets que possède désormais la rétention.

II/ Les effets du droit de rétention

725. Les **effets du droit de rétention** ne mentionnent qu'un effet spécifique, purement négatif. Selon l'article 2286 al. 2 c. civ., « Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ». Aucune autre disposition spécifique n'est mentionnée. Il faudra donc se référer à des dispositions ponctuelles pour connaître le détail des effets du droit de rétention.

Apparemment, le droit de rétention octroie au créancier des prérogatives relativement sommaires (une faculté de blocage) que le créancier se borne à opposer au débiteur. Toutefois, l'essentiel des prérogatives est autre, ce qui explique pourquoi, pendant l'été 2008, les gagistes sans dépossession ont réussi à intégrer la liste des rétenteurs.

Le régime du droit de rétention reste pourtant obscur. La jurisprudence devra préciser notamment comment les éventuels conflits entre rétenteurs se régleront et comment articuler la rétention avec les autres prérogatives (comme l'attribution judiciaire) dont disposent d'autres créanciers.

Les effets du droit de rétention donnent lieu à des prérogatives propres (1) dont le régime reste partiellement inconnu (2).

1/ Les effets propres du droit de rétention *: le rétenteur face au débiteur*

726. Les **effets du droit de rétention** sont traditionnellement analysés comme un moyen de pression exercé sur le débiteur, afin de l'inciter à payer sa dette.

Tant que cette dette n'est pas intégralement payée, le débiteur ne peut utiliser le bien retenu : c'est une nuisance si ce bien lui est nécessaire ou utile à son activité. Ce sera encore une nuisance, si le bien retenu possède une valeur bien supérieure à la dette impayée. Le blocage a vocation à durer tant que la dette n'est pas payée.

Pour dénouer la situation, en présence d'une liquidation judiciaire du débiteur professionnel, le droit prévoit deux types de mesure.

- Soit le rétenteur bénéficie d'un paiement immédiat (solution exceptionnelle, lorsque l'ensemble des créanciers est soumis au gel des paiements). Le droit au paiement immédiat permet de sortir de la situation de blocage, mais il n'est pas une sûreté réelle, puisqu'il n'octroie aucune prérogative spécifique, permettant un paiement de substitution.
- Soit le rétenteur subit la vente forcée et invoque le « report de son droit de rétention sur le prix ». On est alors en présence d'une prérogative spécifique permettant un paiement de substitution, avec le droit du versement du prix, sûreté de troisième phase, qui est une variété d'action directe-sûreté. L'efficacité de cette prérogative explique la multiplication des rétenteurs.

Les effets du droit de rétention sont ainsi multiples. Tant que la dette n'est pas intégralement payée, le rétenteur exerce sa faculté de blocage (a) ; en cas de liquidation judiciaire du débiteur professionnel, le déblocage de la situation conduira à payer le rétenteur (b).

a/ La faculté de blocage : *l'effet de la rétention tant que la dette demeure impayée*

727. La **faculté de blocage** exercée tant que la dette n'est pas intégralement payée produit un double effet, le premier générique, le second propre au droit de rétention effectif.

La rétention fictive et effective produit un effet générique, à savoir le *gel de toute opération sur le bien retenu*.

– Tant que le rétenteur refuse de se dessaisir du bien retenu (aussi longtemps que la dette n'est pas intégralement payée), toute voie d'exécution exercée par un autre créancier impayé est interdite.

– Ce gel de l'assiette s'applique à tout rétenteur, pur et simple ou créancier bénéficiant, dans le cadre d'une sûreté réelle classique, de la rétention (fictive comme effective).

La faculté de blocage reconnue au rétenteur dure aussi longtemps que la rétention elle-même. Mais elle est perdue en cas de *dessaisissement volontaire* : selon l'article 2286 al. 2 c. civ.[1], « Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ». Si le rétenteur accepte de restituer la chose, il perd définitivement son droit de rétention, même si, par la suite, la chose revient en sa possession.

– Ainsi, si un garagiste effectue des réparations sur un véhicule, puis remet sans être payé ce véhicule au client, le garagiste en question ne pourra plus retenir le véhicule, même si, ultérieurement, le client lui confie de nouveau le véhicule et le paye des dernières réparations. À raison des premières réparations impayées, le rétenteur qui a restitué aura perdu sa garantie réelle : chaque contrat justifie une rétention précise, dans le cadre de l'article 2286 2° c. civ.[2] (connexité juridique jurisprudentielle). Il n'en ira autrement que si tous les travaux relèvent d'un contrat unique (c-à-d un contrat global) : dans ce cas, la connexité est établie entre cet unique contrat, et toutes les créances qu'il fait naître : le droit de rétention est alors admis.

– La rétention volontairement consentie (art. 2286 1° c. civ.) sera également perdue quand le créancier remet volontairement la chose, sans avoir été intégralement payé.

Le rétenteur (notamment s'il ne dispose que de cette prérogative : rétenteur pur et simple) n'a donc jamais intérêt à se montrer coopératif. Tant qu'il exerce le blocage, il conserve toutes les prérogatives liées à la rétention.

[1] Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :
1º Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;
2º Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
3º Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.
« Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

[2] Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 2°/ Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ».

728. Les effets découlant spécifiquement de la rétention effective sont secondaires.

En contrepartie à sa faculté de blocage, le rétenteur effectif est tenu du devoir de *conserver* correctement la chose retenue. Mais ce devoir de conservation n'a pas pour effet de réduire la prérogative du rétenteur : il peut donc menacer de ne pas permettre une substitution, en autorisant le débiteur à remplacer un stock de médicament périssable par un autre (à date de péremption plus tardive). Selon Civ. 1ère, 7 nov. 2006[1], le rétenteur impayé ne commet aucun abus de droit[2] quand le refus persistant du créancier le conduit à laisser dépérir le stock (et donc à perdre l'assiette de sa garantie).

b/ Le déblocage : *les effets de la rétention en cas de liquidation judiciaire du débiteur professionnel*

729. Le **déblocage** de la situation se produit lorsque le débiteur professionnel fait l'objet d'une liquidation judiciaire (art. L 642-20-1 c. com.[3]). Le rétenteur, tant qu'il refuse de se dessaisir (art. 2286 al. 2 c. civ.), imposera à l'administrateur judiciaire, sur autorisation du juge-commissaire, d'opter :

– soit il paiera immédiatement le rétenteur (pour récupérer le bien retenu) (art. L 622-7 et L 642-25 c. com.[4]). La garantie réelle disparaît à titre accessoire, puisque le paiement principal (qui éteint l'obligation) a eu lieu. Si le bien retenu vaut 40€ en présence d'une dette d'un montant de 20€, le paiement immédiat

[1] Civ. 1ère, 7 nov. 2006, n°05-12429, Bull. : « le droit de retenir la marchandise jusqu'à complet paiement ne dispense aucunement le rétenteur de procéder aux diligences nécessaires à sa conservation, avec la possibilité de réclamer au débiteur les frais afférents »

[2] Com., 19 nov. 2002, n°00-20516, Bull. : le gagiste avait souscrit une convention par laquelle il devait donner son accord pour un remplacement des marchandises stockées ; il refuse le remplacement, afin de contraindre le débiteur à le payer, et les marchandises périssent. Le pourvoi invoquait que les marchandises (médicaments) étaient périssables et que le gagiste « avait laissé leur péremption survenir en connaissance de cause sans mettre en œuvre antérieurement les droits de réalisation ou d'attribution que lui reconnaît la loi » ; selon la cour de cassation, « le créancier gagiste peut refuser de se dessaisir de son gage s'il n'obtient pas préalablement paiement de sa créance à concurrence de la valeur de celui-ci ». Son refus de substitution des marchandises ne constitue pas un abus de droit.

[3] Art. L 642-20-1 c. com. : « A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 641-3, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation.

« Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.

« En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur. »

[4] Art. L 622-7 al.3 c. com. : « Le juge-commissaire peut aussi les autoriser [l'administrateur ou le chef d'entreprise] à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité ». Art. L 642-25 c. com. : « Le liquidateur, autorisé par le juge-commissaire peut, en payant la dette, retirer les biens constitués en gage par le débiteur ou la chose retenue ».

sera rentable pour le débiteur. Cette solution est prévue en présence d'une rétention fictive ou effective ;

– soit le droit de rétention sera « reporté » sur le prix versé par le tiers acquéreur, dans le cadre d'une vente forcée qui aura lieu malgré l'opposition du rétenteur.

Le *report de plein droit du droit de rétention sur le prix de vente* (art. L 642-25 al. 4 c. com.[1] ; L 642-20-1 al. 3 c. com.[2]) signifie que la rétention se transforme en une prérogative spécifique (schéma 7.3).

– Cette prérogative spécifique est une sûreté réelle : en cas de défaillance du débiteur (en l'occurrence : liquidation judiciaire), le rétenteur prélève en 3ème phase de l'exécution forcée. Le bien est saisi (1ère phase) contre le gré du rétenteur (absence de dessaisissement volontaire), puis vendu aux enchères publiques (2ème phase). Le prix est versé par le tiers-acquéreur (3ème phase) : le rétenteur prélève son dû (il reporte son droit de rétention sur le prix) ; le reliquat sera attribué aux autres créanciers (4ème phase), en commençant par ceux qui disposent d'un droit de préférence.

[1] Art. L 642-25 al. 4 c. com. : « En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur ». La référence à l'inscription montre qu'il est question, notamment, du nantissement sur véhicule automobile.

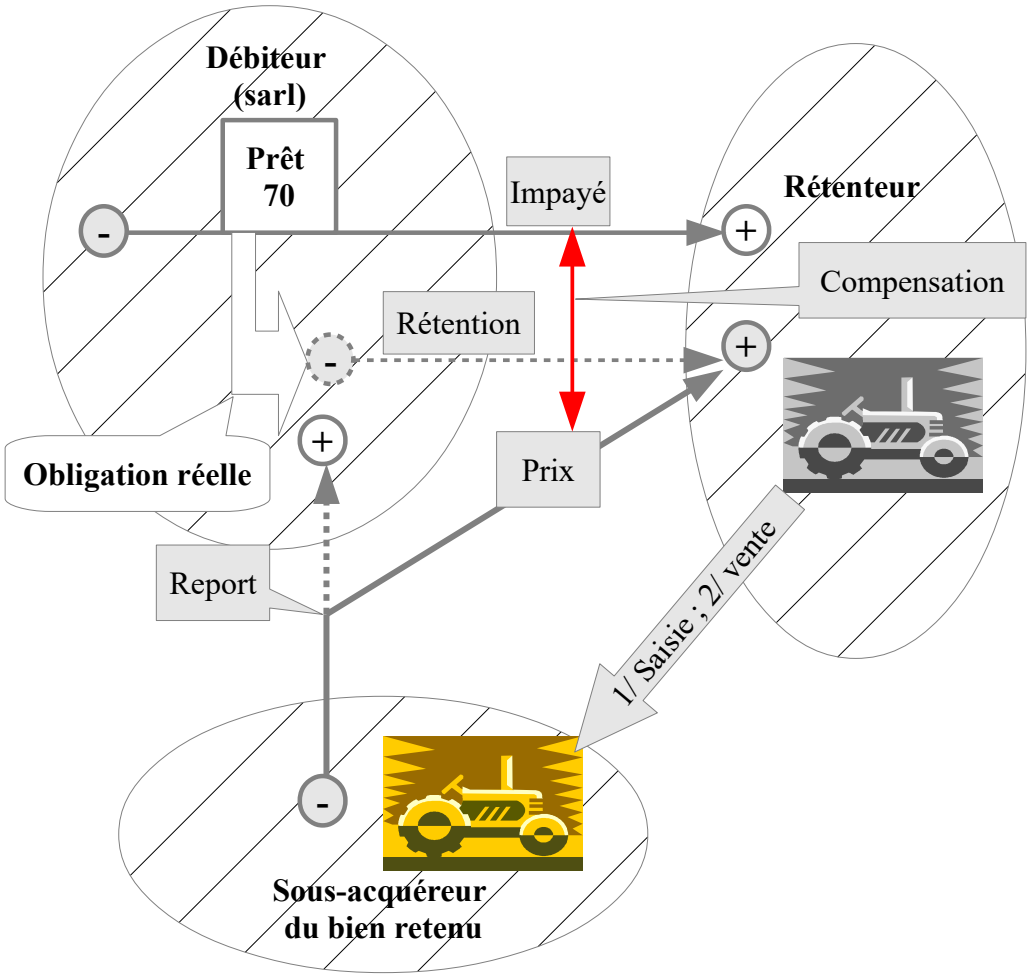
[2] Art. L 642-20-1 c. com. : « A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 641-3, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation.

« Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.

« En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur. »

Schéma 7.3

Report du droit de rétention sur le prix



– Le report du droit de rétention sur le prix n'a lieu que si le rétenteur *refuse de se dessaisir volontairement* du bien. En effet, si le rétenteur, afin de permettre la vente forcée, accepte de dessaisir, il perd son droit de rétention (art. 2286 in fine : « Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire »). Le rétenteur doit systématiquement refuser tout dessaisissement volontaire (Com., 15 oct. 1991[1]) et ne jamais se montrer coopératif : alors il obtiendra alors « le report de plein droit du droit de rétention sur le prix de vente ».

[1] À l'identique du droit de rétention pur et simple (Com., 20 mai 1997).

Le *droit au versement du prix* (variété d'action directe-sûreté) est la prérogative que recherche (secrètement) tout rétenteur (dès lors qu'il n'est pas immédiatement payé). Cette prérogative spécifique explique notamment pourquoi les rétenteurs fictifs ont obtenu, en 2008 un surclassement. Un rétenteur (simple) peut l'emporter sur les créanciers munis d'un (simple) droit de préférence. Le rétenteur dispose donc, avec le report (droit au versement du prix) d'une prérogative efficace. Pourtant, dans le détail, le régime de la rétention reste partiellement inconnu.

2/ Le régime du droit de rétention : *de larges zones d'obscurité*

730. Le **régime du droit de rétention** reste obscur sur des points importants. La réforme de 2021 n'est pas intervenue en la matière.

Une solution semble acquise : en présence d'un bien assuré subissant un sinistre et retenu (fictivement ou effectivement), la jurisprudence considère que l'indemnité d'assurance est versée au créancier gagiste (art. L 121-13 c. assu.[1]). Il dispose d'une action directe contre l'assureur (infra)[2]. Le rétenteur simple semble hors course.

La jurisprudence (qui manque presque complètement) devra préciser d'autres points :

- Le rétenteur peut-il s'opposer à l'attribution judiciaire ? On songe au rétenteur effectif qui refuserait de se dessaisir au profit d'un gagiste sans dépossession.
- Le gagiste sans dépossession, n'ayant pas obtenu l'attribution judiciaire, peut-il se prévaloir de sa qualité de rétenteur fictif pour prélever la soulte versée par le gagiste ayant obtenu l'attribution judiciaire ?
- Lorsque plusieurs rétenteurs invoquent le report (garagiste impayé retenant effectivement le véhicule, banquier bénéficiaire d'un gage sans

[1] Art. L. 121-13 c. assu., inséré dans les dispositions générales relatives aux assurances de dommages non maritimes : « Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.
« Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables.
« Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et [1240] du Code civil.
« En cas d'assurance contre le risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaires, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme ».

[2] Com., 12 mai 1998, n°95-17.757, Bull. n°153 (indemnité d'assurance versée après l'accident d'un véhicule assuré) : (abstrat) « Il résulte des articles L. 121-13 du Code des assurances et 93 de la loi du 25 janvier 1985 que le créancier gagiste, d'une part, bénéficie, dès la survenance du sinistre affectant le bien gagé, d'une attribution de l'indemnité d'assurance en sorte que celle-ci n'est pas entrée dans le patrimoine du propriétaire du bien mis en redressement judiciaire, et d'autre part, que, titulaire d'un droit direct sur cette indemnité, il dispose seul du pouvoir de décider de son affectation [...] »; Civ. 1ère, 22 mai 2002, n°99-13.085 ; Bull. n°133 ; PA 2003, n°42, p.18 à 22, note V. Perruchot-Triboulet (l'action directe du créancier privilégié contre l'assureur est une faculté).

dépossession), comment régler le conflit ? Le nombre des rétenteurs imposera à terme une organisation collective.

731. Une jurisprudence partielle et ancienne a décidé que **le rétenteur effectif l'emporte sur le rétenteur fictif** (Com., 11 juin 1969[1]). Dans cet arrêt, un garagiste, rétenteur effectif, était opposé à gagiste sans dépossession (art. 2352 c. civ.[2]), rétenteur fictif du véhicule.

L'impact du *blocage résultant de la rétention* a conduit la chambre commerciale (Com., 11 juin 1969 préc.) à interdire au gagiste sans dépossession de pouvoir bénéficier de l'attribution judiciaire. À cette époque, le report de la rétention sur le prix n'existait pas. Le blocage résultant de la rétention a donc permis de geler toute vente forcée.

– Le blocage résultant de la rétention explique la formulation employée à l'article 2340 al. 2 c. civ.[3] (« nonobstant le droit de rétention » du gagiste avec dépossession).

– Ce même blocage pourrait également s'appliquer lorsqu'un gagiste sans dépossession exercerait son *droit de suite* à l'encontre du tiers-acquéreur (art. 2337 c. civ[4]), possesseur (a priori[5]) de bonne foi. La rétention effective permet au gagiste avec dépossession de ne restituer le bien qu'après complet paiement. Il en irait de même en présence d'un réparateur impayé : il ne restituera le véhicule qu'après paiement complet des réparations.

Depuis l'instauration du *report* de la rétention sur le prix, en présence d'une liquidation judiciaire d'un débiteur professionnel, le rétenteur (effectif ou fictif) ne peut plus s'opposer à la vente forcée.

– Logiquement, l'attribution judiciaire (sûreté de seconde phase) permettrait au gagiste sans dépossession de devenir propriétaire et de ne verser que la soulte en troisième phase. Le rétenteur simple serait primé.

---

[1] Com., 11 juin 1969, n°67-14.683, Bull. n°221. Le gagiste sans dépossession avait été condamné à payer au garagiste réparateur le coût des travaux.

[2] Art. 2352 c. civ. : « Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession. »

[3] Art. 2340 al. 2 c. civ. : « Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier ».

[4] Art. 2337 c. civ. : « Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276. »

[5] A priori parce qu'il est légalement tenu de consulter tous les registres lorsqu'il procède à l'acquisition d'un meuble corporel, lequel n'est même pas précisément décrit : il serait donc possible que l'ensemble des fictions auxquelles le législateur recourt puisse conduire à affirmer que le tiers-acquéreur ne serait pas légalement de bonne foi …

– Le classement du report (du droit de rétention sur le prix) des différents rétenteurs imposera à la jurisprudence de préciser si le rétenteur le plus ancien doit l'emporter sur le plus récent ou si le rétenteur effectif l'emporte sur le rétenteur fictif. Sauf à retenir un autre critère.

L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 n'a pas levé les obscurités pesant sur le régime du droit de rétention. Il faudra donc attendre la position de la jurisprudence sur ces différents points.

(732- à 748. : réservés)

749. Le **droit de rétention** possède donc des effets diversifiés, ce qui explique le développement de cette technique, qui n'est pas officiellement présentée comme une sûreté réelle.

La rétention n'est pas une sûreté réelle pendant le remboursement de la dette. Tant que la dette n'est pas intégralement remboursée, le bien retenu est gelé, physiquement et juridiquement. La rétention est une mesure préventive (que l'on retrouve dans le gage et le nantissement de créance) : une faculté de blocage, que tout créancier chirographaire peut exercer.

En cas de défaillance du débiteur quelconque, le rétenteur simple, en tant que tel, ne dispose d'aucun droit de préférence en cas de vente forcée du bien[1], ni du droit de réclamer l'attribution judiciaire du bien[2]. La rétention ne devient toujours pas une sûreté réelle quand un débiteur est défaillant.

Mais, en présence d'un débiteur professionnel faisant l'objet d'une liquidation judiciaire, le rétenteur bénéficie d'une variété d'action directe-sûreté (report) : à la condition de refuser son dessaisissement volontaire, il prélèvera (à la source) les fonds que doit verser le tiers-acquéreur du bien vendu aux enchères publiques. Il bénéficie alors d'une véritable sûreté réelle : un biais légal (prérogative spécifique) qu'il déclenche en cas de défaillance du débiteur, et qui permet d'obtenir un paiement prioritaire de substitution (en 3ème phase de l'exécution forcée exercée sur un bien), en réalité grâce à une action directe-sûreté.

[1] Étant précisé que la vente forcée (contre le gré du débiteur) du bien aux enchères publiques fait perdre le droit de rétention, lequel redevient donc simple créancier chirographaire.

[2] Com., 9 juin 1998, n°96-12.719, Bull. n°181 : (abstrat) « Le droit de rétention, qui n'est pas une sûreté assimilable au gage, ne permet pas l'attribution de la chose retenue en pleine propriété ».

§2ème/ **Les actions directes-sûreté** : *le prélèvement à la source*

750. Les **actions directes-sûreté** permettent au créancier d'un débiteur intermédiaire (défaillant) de réclamer directement le paiement de ce que devait (initialement) le sous-débiteur au débiteur. Prévue en régime général des obligations comme une technique de paiement simplifié, l'action directe possède également une fonction de sûreté : la valeur (somme d'argent, créance, prix ...) que doit un tiers au débiteur sera directement réclamée par le créancier, qui obtiendra par ce biais un paiement de substitution.

En *régime général des obligations*, l'action directe prévue à l'article 1341-3 c. civ.[1] permet à un créancier de réclamer directement une prestation à un tiers, véritable débiteur final. L'assureur-dommage qui a versé par erreur à son assuré une somme (croyant le sinistre causé par cas fortuit) pourra obtenir remboursement directement du constructeur (auteur du vice de construction)[2]. L'action directe permet d'éviter une cascade de recours : c'est un paiement simplifié.

En droit des sûretés, l'action directe est destinée à garantir un créancier contre un risque d'impayé du *débiteur intermédiaire, véritable débiteur*. Normalement, le sous-traitant doit être payé par son cocontractant direct (l'entrepreneur) ; il exercera une action directe contre le client, quand l'entrepreneur est défaillant.

L'*effet de l'action directe* conduira alors à justifier un transfert direct de la prestation, sans transit par un patrimoine intermédiaire, comme cela devrait être normalement le cas. La somme due par le maître d'ouvrage (sous-débiteur) à l'entrepreneur sera directement payée au sous-traitant (créancier). En évitant ce transit, le créancier obtient un avantage spécifique : il bénéficie d'un paiement par compensation, grâce auquel il quittera rapidement la procédure d'exécution forcée.

Le domaine des actions directes-sûreté (I) est strictement encadré, en raison de l'effet produit par cette prérogative (II).

---

[1] Art. 1341-3 c. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. »

[2] Civ. 1ère, 4 avril 2001, n°98-13285, Bull. n°105 ; Defrénois 2001, art. 37365, p. 721, obs. Jean-Luc Aubert ; D. 2001, p.1824, obs. Marc Billiau : « Attendu qu'en application du principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui, par erreur, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours, contre le débiteur ». Voir : *Régime général de l'obligation*, n°482.

I/ Le domaine des actions directes-sûreté

751. Le **domaine des actions directes-sûreté** est borné : il faut une loi pour autoriser le recours à cette technique. Dès que cette condition est remplie, l'action directe-sûreté peut être employée dès qu'un tiers doit verser une somme quelconque, lors d'une vente ponctuelle ou lors d'une cession de créance. L'action directe-sûreté connaît donc une extension singulière de son domaine.

Lorsque l'action directe-sûreté *porte sur une créance*, le régime applicable est celui de la cession de créance (art. 1321 c. civ.). Au lieu de payer le débiteur, le sous-débiteur (cédé) à qui la cession de créance est notifiée paiera désormais son nouveau créancier (cessionnaire). L'action directe-sûreté portant sur une créance est un prélèvement à la source exercé dès la phase de saisie (1ère phase de l'exécution forcée). Le cédé paye (2ème phase), le créancier impayé invoque la compensation (3ème phase). À ce moment, le créancier obtient un paiement de substitution qui produit son effet extinctif.

L'action directe-sûreté est également utilisée dans le cadre de la *saisie d'un bien*. Lorsque le bien saisi est vendu au tiers-acquéreur (2ème phase), ce dernier devra parfois en verser le prix (3ème phase) à certains créanciers qui peuvent « reporter » un droit sur la chose en un droit sur le prix. Seul le reliquat sera versé pour attribution (4ème phase) aux autres créanciers.

L'exercice de l'action directe-sûreté s'effectuera donc dans des conditions différentes selon que l'on lui applique le régime de la cession de créance, quand un créancier obtient un droit direct envers un sous-débiteur (1) ou selon qu'elle s'exerce dans le cadre de la saisie d'un bien (2).

1/ L'action directe-sûreté portant sur une créance

752. L'**action directe-sûreté portant sur une créance** est une sûreté réelle de première phase, qui permet à un créancier d'obtenir un prélèvement à la source sur une créance due par un sous-débiteur. Au sens strict du terme (art. 1341-3 c. civ.), c'est une action directe.

En droit des sûretés réelles, l'*action directe-sûreté* doit être prévue par la loi (« Dans les cas déterminés par la loi » : art. 1341-3 c. civ.) en raison de sa fonction : le créancier qui en bénéficie cherche à transférer sur les autres la charge de la pénurie. Un tel résultat suppose un choix politique, et c'est la raison pour laquelle une décision légale est exigée.

Le régime de l'opération est celui de la cession de créance (art. 1321 c. civ.[1]), adossée à la garantie d'une créance (schéma 7.4).

– L'objet de la cession porte sur une créance, présente ou future (art. 1321 al. 2 c. civ.) : c'est l'assiette de l'action directe-sûreté.

– Dès que le débiteur (cédé) est informé de l'identité de son nouveau créancier (cessionnaire), la cession devient opposable aux tiers. Aucun autre créancier ne peut obtenir du cédé un paiement[2].

– Le conflit entre cessionnaires (si un débiteur cède plusieurs fois sa créance) se résout au profit du plus ancien (c-à-d. de celui qui est devenu seul propriétaire de la créance) (art. 1323 al. 2 c. civ.[3]).

– Il arrivera fréquemment que le créancier contractuel (puissant et économiquement prévoyant) obtienne précocement une cession des revenus futurs du débiteur, tandis que les créanciers saisissants devront se contenter de ses revenus disponibles.

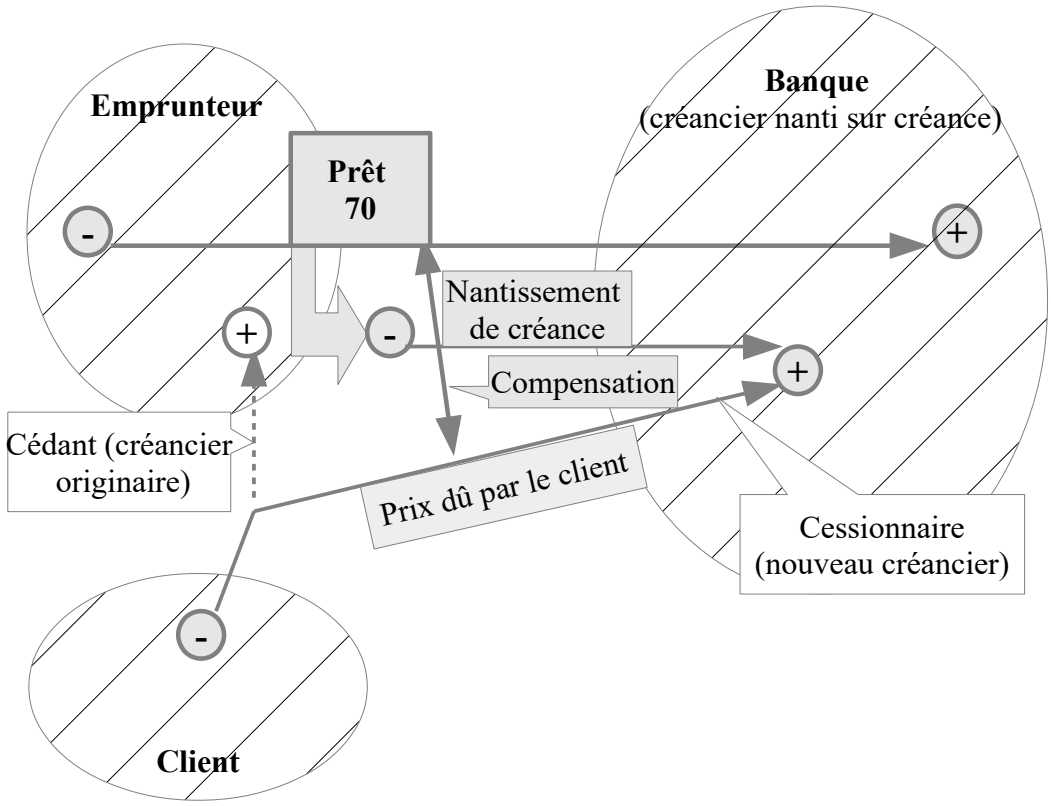
[1] Art. 1321 c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.
« Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.
« Elle s'étend aux accessoires de la créance.
« Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible. »

[2] *Régime général de l'obligation,* n°311.

[3] Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance, présente ou future, s'opère à la date de l'acte.
« Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen. »

Schéma 7.4

Mécanisme du nantissement :
action directe du créancier nanti



Les principaux créanciers bénéficiant de l'action directe-sûreté sont :

– le créancier nanti sur une créance et le créancier fiduciaire (cession de créance à titre de garantie ; cession Dailly portant sur des créances professionnelles) ;

– le créancier saisissant (fraction saisissable du salaire dû à une personne physique ; créance quelconque détenue sur un tiers) qui ne peut saisir qu'une créance disponible (présente ou future). Le trésor public avec sa saisie administrative à tiers détenteur (satd) est celui qui peut agir le plus rapidement, grâce au privilège du préalable[1].

[1] *Régime général de l'obligation*, n°811.

752-1. D'autres créanciers bénéficient également de cette mesure, mais dans une mesure plus anecdotique. On trouve notamment quelques créanciers économiquement utiles, et notamment ceux qui ont travaillé au profit d'un client :

– Le "privilège" du salarié d'un travailleur à domicile (art. 2332 4° c. civ. : « 4° Les créances nées du contrat de travail de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile répondant à la définition de l'article L. 7412-1 du code du travail[1], sur les sommes dues à ce travailleur par les donneurs d'ouvrage. ») porte spécifiquement sur une créance (de salaire), et instaure une action directe-sûreté spécifique au profit du salarié. Ce n'est pas un privilège (octroyant un droit de préférence).

– Selon l'article 1798 c. civ.[2], l'ouvrier d'un entrepreneur peut exercer une action directe contre le maître d'ouvrage (client), pour le paiement du salaire que l'entrepreneur (défaillant) ne lui a pas versé.

– Selon l'article 1799-1 al. 2 c. civ.[3], l'établissement de crédit doit procéder à l'immobilisation de la somme due au profit des architectes et entrepreneurs d'ouvrages, lorsque le maître de l'ouvrage (débiteur intermédiaire) recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux de construction.

– Dans la *sous-traitance*, la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 (art. 12[4]) établit également une action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, à raisons des sommes dues par l'entrepreneur principal au sous-traitant[5]. La protection du sous-

[1] Art. L 7412-1 c. trav. : « Est travailleur à domicile toute personne qui :
1° Exécute, moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements, un travail qui lui est confié soit directement, soit par un intermédiaire ;
2° Travaille soit seule, soit avec son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin ou avec ses enfants à charge au sens fixé par l'article L. 313-3 du code de la sécurité sociale, ou avec un auxiliaire.
« Il n'y a pas lieu de rechercher :
a) S'il existe entre lui et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 8221-6 ;
b) S'il travaille sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage ;
c) Si le local où il travaille et le matériel qu'il emploie, quelle qu'en soit l'importance, lui appartient ;
d) S'il se procure lui-même les fournitures accessoires ;
e) Le nombre d'heures accomplies. »

[2] Art. 1798 c. civ. : « Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée. »

[3] Art. 1799-1 al. 2 c. civ. : « Le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 3°de l'article 1779 doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.
« Lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une personne autre que celles mentionnées au 3°de l'article 1779 tant que celles-ci n'ont pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt. Les versements se font sur l'ordre écrit et sous la responsabilité exclusive du maître de l'ouvrage entre les mains de la personne ou d'un mandataire désigné à cet effet. »

[4] Art. 12 loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 : « Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.
« Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.
« Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.
« Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article. »

[5] Civ. 3e, 15 sept. 2016, n°15-22.592, Bull. ; JCP E 2016, Act., n°762 : (abstrat) « Le sous-traitant n'a d'action directe contre le maître de l'ouvrage que si l'entrepreneur ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure (art. 12 de

traitant est d'ordre public : ce dernier ne peut renoncer à bénéficier de la garantie (art. 12 al. 2), même après la conclusion du contrat principal[1]. Quelques créanciers économiquement fragiles (à raison de leur travail, notamment les sous-traitants) sont donc protégés.

– Selon l'article 19 al. 5 de la loi du 10 juillet 1965[2] (supra n°546-1), le syndicat de copropriété bénéficie d'une action directe-sûreté portant sur les loyers (« sommes dues par le locataire à son bailleur. »). Contrairement à ce que suggère le texte, il ne s'agit pas là d'un « privilège ».

753. Les **catégories de créanciers** bénéficiant du régime de la cession de créance sont, pour l'essentiel, les banques (nantissement, fiducie) et le trésor public. Le conflit entre ces deux catégories de créanciers sera réglé par la règle de l'antériorité : le plus ancien (souvent une banque) l'emporte sur le plus récent (souvent le trésor public). Il s'ensuit que :

– Les banques ayant obtenu (par la voie contractuelle) des cessions portant sur les créances futures disposeront d'un droit prioritaire sur les revenus futurs du débiteur.

– Le trésor public (créancier saisissant) ne pourra exercer de saisie que sur les revenus disponibles du débiteur : ses revenus futurs ne lui seront affectés qu'en l'absence de nantissement de créance ou de cession fiduciaire de créance.

En cas de pénurie et de conflit entre créanciers (portant sur la même assiette), la règle de l'antériorité profitera le plus souvent aux banquiers ; les créanciers saisissants (trésor public) ne prendront que les restes.

754. En droit des procédures d'exécution, la **saisie-attribution** (art. 211-1 c. proc. civ. d'ex.[3]), mesure prévue en droit commun de l'exécution forcée (imposant une signification par huissier au tiers saisi), permet au créancier impayé d'obtenir directement paiement par le sous-

la loi n°75-1334 du 31 déc. 1975) ».

[1] Civ. 3e, 14 septembre 2017, n°16-18.146, Bull. : (abstrat) « Les dispositions d'ordre public de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 interdis[e]nt toute renonciation ou remise conventionnelle par le sous-traitant à la caution »

[2] Art. 19 al. 5 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis : al. 1er « Les créances de toute nature du syndicat à l'encontre de chaque copropriétaire sont, qu'il s'agisse de provision ou de paiement définitif, garanties par une hypothèque légale sur son lot. (...)

al. 5 : « Les créances visées à l'alinéa 1er bénéficient, en outre, du privilège prévu par l'article 2332 1° du code civil en faveur du bailleur. Ce privilège porte sur les meubles garnissant les lieux appartenant au copropriétaire ainsi que sur les sommes dues par le locataire à son bailleur. »

[3] Chapitre Ier : La saisie-attribution, art. L 211-1 c. proc. civ. d'ex. : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations prévue par le code du travail. »

débiteur : l'attribution immédiate de la créance (art. 211-2 al. 1er c. proc. civ. d'ex.[1]) signifie que le sous-débiteur doit désormais (à compter de la notification de la saisie) considérer que son seul créancier est désormais le créancier saisissant.

Certaines prestations sociales peuvent donner lieu à action directe. Elles suivent en principe le régime du salaire saisissable (allocations de chômage, d'accident du travail, d'assurance-maladie et de retraites). Mais il existe des exceptions au caractère insaisissable de certaines prestations. Les établissements hospitaliers peuvent saisir 50% des prestations versées par une mutuelle. Les créanciers alimentaires peuvent saisir une fraction des prestations familiales (art. L 553-4 I c. sécu. soc.[2]) ; l'allocation de logement (art. L 542-1 c. sécu. soc.) ou assimilée peut être saisie par le bailleur (ou assimilé) (art. 553-4 II c. sécu. soc.[3]), et de façon plus générale, toute personne prenant en charge les frais pour lesquels la prestation sociale est versée peut saisir la prestation en cause, et obtenir son versement direct (action directe[4]).

La saisie-attribution suit le régime de la cession de créance : c'est en réalité un nantissement judiciaire (autorisé par le juge), lorsque le créancier est confronté à un débiteur défaillant. L'action directe profite alors au créancier saisissant.

755. La **procédure de paiement direct des pensions alimentaires** permet au créancier alimentaire d'obtenir paiement par le sous-débiteur, grâce à une procédure expéditive prévue par la loi n°73-5 du 2 janvier 1973[5] : le trésor public notifiera au sous-débiteur (employeur) l'obligation de lui verser directement le montant de la pension alimentaire, le trésor public se chargeant de la reverser au créancier alimentaire.

---

[1] Art. L 211-2 c. proc. civ. d'ex. : « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation.
« La notification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'un jugement portant ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne remettent pas en cause cette attribution. (…) ».

[2] Art. L553-4 c. sécu. soc. : « I.-Les prestations familiales sont incessibles et insaisissables sauf pour le recouvrement des prestations indûment versées à la suite d'une manœuvre frauduleuse ou d'une fausse déclaration de l'allocataire.
Toutefois, peuvent être saisis dans la limite d'un montant mensuel déterminé dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 553-2 :

1°) pour le paiement des dettes alimentaires ou l'exécution de la contribution aux charges du mariage et liées à l'entretien des enfants : l'allocation pour jeune enfant, les allocations familiales, le complément familial, l'allocation de rentrée scolaire, l'allocation de soutien familial et l'allocation parentale d'éducation ;
2°) pour le paiement des frais entraînés par les soins, l'hébergement, l'éducation ou la formation notamment dans les établissements mentionnés à l'article L. 541-1 : l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé. En cas de non-paiement de ces frais, la personne physique ou morale ou l'organisme qui assume la charge de l'éducation spéciale, de la formation ou de l'entretien de l'enfant peut obtenir de l'organisme débiteur de l'allocation que celle-ci lui soit versée directement. […] ».

[3] Art. L 553-4 II c. sécu. soc. : « L'allocation de logement prévue à l'article L. 542-1 est versée, s'il le demande, au prêteur lorsque l'allocataire est emprunteur et au bailleur lorsque l'allocataire est locataire. (…) ».

[4] La prestation faisant l'objet d'une action directe ne transitant pas par le patrimoine du débiteur, les autres créanciers du débiteur en faillite ne peuvent donc prétendre la saisir.

[5] Loi n°73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire, art. 1Er : « Tout créancier d'une pension alimentaire peut se faire payer directement le montant de cette pension par les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension. Il peut notamment exercer ce droit entre les mains de tout débiteur de salaires, produits du travail […].
« La demande de paiement direct sera redevable dès qu'une échéance d'une pension alimentaire, fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire, n'aura pas été payée à son terme. »

Le *moindre retard de paiement* suffit pour que le créancier alimentaire obtienne le bénéfice de cette procédure. Le déclencheur est donc précoce. Selon Civ. 2e, 24 fév. 2005, « La demande de paiement direct est recevable dès qu'une échéance d'une pension alimentaire, fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire, n'aura pas été payée à son terme »[1]. Aucune mise en demeure préalable n'est exigée pour que le créancier engage la procédure de paiement direct. Comme dans la lettre d'intention ou la promesse de porte-fort, le créancier bénéficie d'une garantie de type amont, contre l'inexécution. Le créancier alimentaire s'adressera directement au trésor public, qui notifiera la saisie administrative à tiers détenteur.

La *saisie administrative à tiers détenteur* est expéditive (art. L 262 livre proc. fisc.[2]). Dès que l'employeur du débiteur d'aliments reçoit cet avis[3], il doit verser la fraction saisissable du salaire entre les mains du trésor public (art. L 262 al. 4 et livre proc. fisc.[4]), qui reversera la somme au créancier alimentaire (art. L 273 livre proc. fisc.[5]).

Les créanciers bénéficiaires de cette technique sont le trésor public et le créancier alimentaire, ainsi que quelques autres professionnels (comme les avocats, pour le paiement des frais et dépens[6]).

(756- à 759. : réservés)

2/ Les actions directes-sûreté exercées dans le cadre d'une saisie d'un bien

760. Les **actions directes-sûreté exercées dans le cadre d'une saisie d'un bien** sont des sûretés réelles de 3ème phase.

---

[1] Civ. 2e, 24 fév. 2005, n°02-18173

[2] Art. L 262.1 al. 1er à 3 livre proc. fiscales : « 1. Les créances dont les comptables publics sont chargés du recouvrement peuvent faire l'objet d'une saisie administrative à tiers détenteur notifiée aux dépositaires, détenteurs ou débiteurs de sommes appartenant ou devant revenir aux redevables.
« Dans le cas où elle porte sur plusieurs créances, de même nature ou de nature différente, une seule saisie peut être notifiée.
« L'avis de saisie administrative à tiers détenteur est notifié au redevable et au tiers détenteur. L'exemplaire qui est notifié au redevable comprend, sous peine de nullité, les délais et voies de recours. […] ».

[3] Conseil d'Etat, 9ème et 8ème sous-sections réunies, 15 octobre 1997, n°175722 - 175798, Recueil Lebon : « L'avis à tiers détenteur notifié par le comptable chargé du recouvrement d'une imposition privilégiée en application de l'article L263 [devenu 262.1 al. 4 et 5] du LPF emporte, dès sa réception par son destinataire, attribution immédiate, au profit du Trésor, à concurrence du montant de l'imposition, de la créance disponible [...] ».

[4] Art. L 262.1 al. 4 et 5 livre proc. fisc. : « La saisie administrative à tiers détenteur emporte l'effet d'attribution immédiate prévu à l'article L. 211-2 du code des procédures civiles d'exécution. Les articles L. 162-1 et L. 162-2 du même code sont applicables. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 162-1, lorsque le montant de la saisie administrative à tiers détenteur est inférieur à un montant, fixé par décret, compris entre 500 € et 3 000 €, les sommes laissées au compte ne sont indisponibles, pendant le délai prévu au même deuxième alinéa, qu'à concurrence du montant de la saisie.
« La saisie administrative à tiers détenteur a pour effet d'affecter, dès sa réception, les fonds dont le versement est ainsi demandé au paiement des sommes dues par le redevable, quelle que soit la date à laquelle les créances même conditionnelles ou à terme que le redevable possède à l'encontre du tiers saisi deviennent effectivement exigibles. »

[5] Art. L 273 A livre proc. fisc. (mod. par loi n°2017-1775 du 28 décembre 2017, art. 73 V) : « Les créances de l'Etat ou celles qu'il est chargé de recouvrer pour le compte de tiers sur la base d'un titre de perception délivré par lui en application de l'article L. 252 A peuvent être recouvrées par voie de saisie administrative à tiers détenteur dans les conditions prévues à l'article L. 262. »

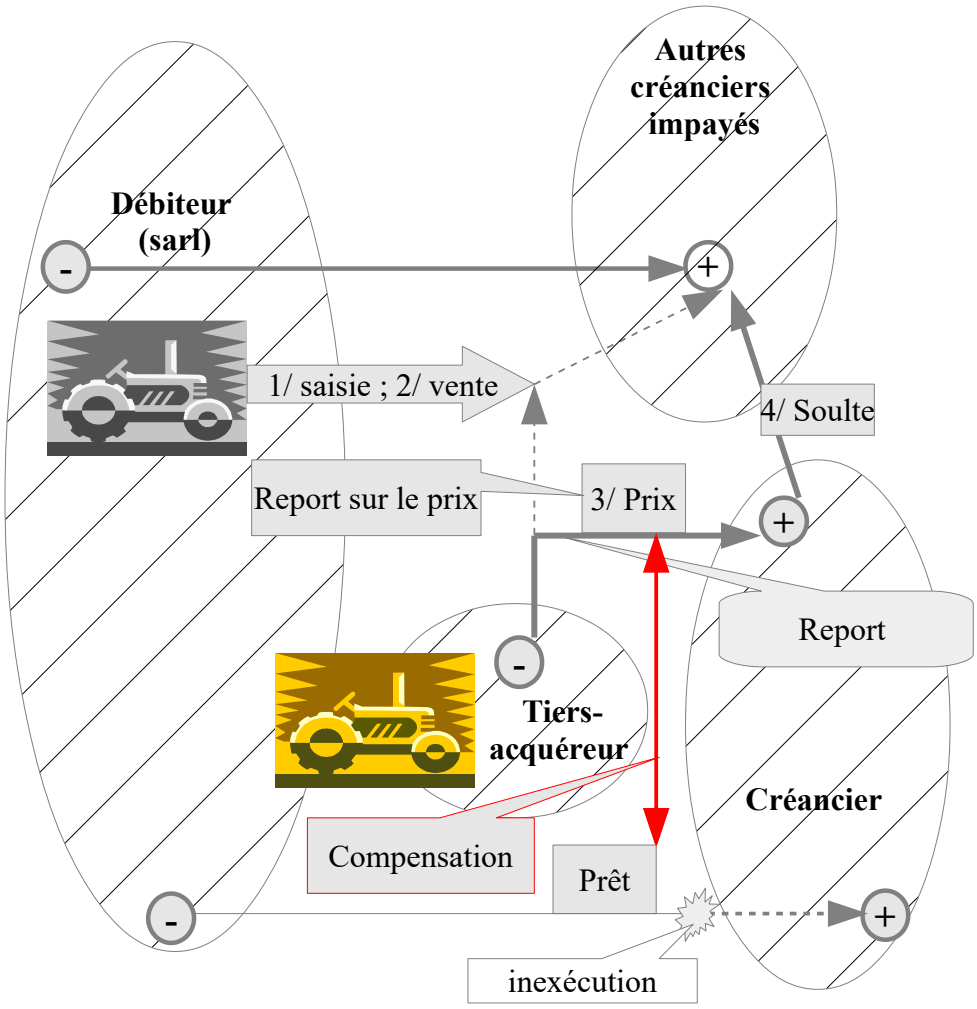
[6] Voir aussi, art. 699 c. proc. civ. : « Les avocats peuvent, dans les matières où leur ministère est obligatoire, demander que la condamnation aux dépens soit assortie à leur profit du droit de recouvrer directement contre la partie condamnée ceux des dépens dont ils ont fait l'avance sans avoir reçu provision.
« La partie contre laquelle le recouvrement est poursuivi peut toutefois déduire, par compensation légale, le montant de sa créance de dépens. »

– En principe, lors de la vente forcée d'un bien, le prix versé par le tiers-acquéreur est consigné, afin d'être attribué ou réparti entre les créanciers saisissants (art. L 221-4 al. 3 c. proc. civ. d'ex.[1] : « Sauf disposition contraire, il ne peut être procédé à aucune saisie sur le prix de la vente. »).

– En présence d'une exception (sûreté de 3ème phase), un créancier imposera au tiers-acquéreur de lui verser le prix, par un mécanisme similaire à l'action directe-sûreté (schéma 7.5).

Schéma 7.5

Action directe-sûreté dans le cadre d'une saisie (d'un bien)



[1] Art. L 221-4 c. proc. civ. d'ex. : « L'agent habilité par la loi à procéder à la vente arrête les opérations de vente lorsque le prix des biens vendus atteint un montant suffisant pour payer en principal, intérêts et frais, les créanciers saisissants et opposants.
« Il est responsable de la représentation du prix de l'adjudication.
« Sauf disposition contraire, il ne peut être procédé à aucune saisie sur le prix de la vente. »

La transformation d'une prérogative exercée sur un bien en une prérogative exercée sur un prix est dénommée « *report* » par le législateur. Ce report est la prérogative de substitution qui conduit à créer une sûreté réelle au profit de différents créanciers.

– les *rétenteurs* avec le report du droit de rétention sur le prix (supra, n°729). En bénéficient le créancier gagiste (avec et sans dépossession) et le rétenteur simple. On note la présence (curieuse) du créancier nanti sur une créance (lequel dispose déjà d'une action directe de 1ère phase) ;

– les *créanciers réservataires* (propriétaires en titre) bénéficient également du report de leur propriété sur le prix (art. 2372 c. civ.[1]). Lors d'une vente de gré à gré ou lors d'une vente forcée, le tiers-acquéreur d'un bien (débiteur du prix) doit normalement payer le vendeur (créancier du prix). Quand une action directe-sûreté est déclenchée, le créancier remplacera son débiteur (défaillant) et il sera payé par le tiers-acquéreur[2]. Le report est également prévu en droit des procédures collectives (art. L 624-18 c. com.[3]) ;

– l'indemnité d'assurance que doit l'assureur, lorsque le bien est sinistré (art. L 121-13 c. assu.[4]) sera versée au créancier gagiste[5], au réservataire (Com., 1er oct. 1985[6]) ou fiduciaire.

– le créancier réservataire ou fiduciaire, avec leur action en distraction[7] (quand une vente forcée est exercée par erreur sur un de leurs biens[8]) ;

– depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, les *bénéficiaires d'un privilège mobilier (général ou spécial)* sont investis d'une

[1] Art. 2372 c. civ. : « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien. »

[2] Com., 6 oct. 2009, n°08-15.048 : « L'action en paiement exercée par le vendeur initial à l'encontre d'un sous-acquéreur de biens vendus avec clause de réserve de propriété s'analyse en une action personnelle et non en une action réelle ».

[3] Art. L 624-18 c. com. : « Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure [de sauvegarde] ». Voir : Com., 3 nov. 2015, n°13-26.811, Bull. ; RLDC 2016/133, n°6086.

[4] Art. 121-13 al. 4 c. ass. : « En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaire, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme. »

[5] Com., 12 mai 1998, n°95-17.757, Bull. n°153 (indemnité d'assurance versée après l'accident d'un véhicule assuré), préc.

[6] Com., 1er oct. 1985, n°84-12.015, Bull. n°222 ; D. 1986.246, note Michel Cabrillac.

[7] Art. R 221-51 c. proc. civ. d'ex. : « Le tiers qui se prétend propriétaire d'un bien saisi peut demander au juge de l'exécution d'en ordonner la distraction. » Art. R 221-52 c. proc. civ. d'exécution : « L'action en distraction cesse d'être recevable après la vente des biens saisis ; seule peut alors être exercée l'action en revendication. / Toutefois, le tiers reconnu propriétaire d'un bien déjà vendu peut en distraire le prix, non diminué des frais, jusqu'à la distribution des sommes produites par la vente. »

[8] Voir : Civ. 2e, 8 avril 2004, n°02-16.842, Bull. n°188 ; D. 2004, p.1564 : (abstrat) « Le tiers reconnu propriétaire d'un bien vendu à la suite d'une saisie-vente est [...] recevable à demander au juge de l'exécution, tant que la distribution du produit de la vente n'a pas été réalisée, d'en distraire le prix [...] ».

action directe portant sur le prix de vente que doit l'acquéreur. Selon l'article 2330 al. 4 c. civ.[1], « Ils [les privilèges mobiliers] se reportent sur la créance de prix du débiteur à l'égard de l'acquéreur. » Telle qu'elle est rédigée, la disposition signifie que les salariés (salaires ordinaires), les frais de justice, le conservateur, le bailleur et le vendeur de meubles etc... ainsi que la sécurité sociale et le trésor public bénéficient du report. En revanche, selon le code civil, les créanciers gagiste et nanti n'en bénéficient pas : ils ne sont pas titulaires d'un privilège, mais d'une sûreté contractuelle.

760-1. Des dispositions ponctuelles octroient également des actions directes de 3ème phase à divers créanciers :

- le commissaire de justice (anc. commissaire-priseur) bénéficie d'une action directe-sûreté sur les frais de la vente (art. R 331-2 c. proc. d'ex.[2]). Le commissaire de justice n'invoque que rarement son privilège mobilier et immobilier général des frais de justice, puisqu'il « se paye » sur les fonds remis par l'acquéreur[3] ;
- depuis l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué ayant exposé des dépenses de conservation sur l'immeuble peut prélever son dû sur le prix payé par le tiers-acquéreur (lors de la vente aux enchères publiques) (art. 2457 c. civ.[4]). Techniquement, le conservateur de l'immeuble ne dispose pas d'un privilège, mais d'une action directe-sûreté (qui surclasse tous les droits de préférence).
- depuis l'ordonnance de 2021, l'hypothèque consentie par un coïndivisaire seul (nulle, en principe) donne lieu à une action directe-sûreté (art. 2412 al. 2 c. civ.[5]) lorsque l'immeuble licité n'est pas attribué au coïndivisaire : la somme d'argent représentant la quote-part du coïndivisaire serait attribuée au créancier (supra n°621).

[1] Art. 2330 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Les privilèges mobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux ou spéciaux.
« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.
« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers. Sauf disposition contraire, ils ne confèrent pas de droit de suite. Ils se reportent sur la créance de prix du débiteur à l'égard de l'acquéreur. »

[2] Art. R 331-2 c. proc. d'ex. : « Les frais de la procédure de distribution, hormis ceux des contestations ou réclamations, sont avancés par la partie sollicitant la distribution et prélevés par priorité à tous autres. »

[3] Voir : Civ. 2e, 25 septembre 2014, n°13-15.597, Bull.

[4] Art. 2457 c. civ. : « Le tiers acquéreur doit indemniser le créancier hypothécaire du préjudice résultant des dégradations qui ont diminué la valeur de l'immeuble par son fait ou par sa faute. Mais il peut obtenir remboursement, par prélèvement sur le prix de vente, de ses dépenses nécessaires à la conservation de l'immeuble et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution. »

[5] Art. 2412 al.2 c. civ. : « L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation. »

761. L'**action directe-sûreté exercée lors du versement du prix** (3ème phase) permet donc à un créancier de transformer une prérogative (rétention, propriété réservée, fiducie, privilège mobilier) en prélèvement à la source, dès qu'une somme d'argent (représentant le prix d'un bien) doit être payé.

Le nombre des bénéficiaires de cette prérogative est devenu impressionnant, notamment depuis 2021. Tous les créanciers bénéficiant d'un privilège mobilier (spécial ou général) ont obtenu un surclassement. La portée de l'article 2330 al. 4 c. civ. surprend par son domaine d'application et par le type de créanciers protégés : ils figurent traditionnellement parmi ceux qui subissent l'inflation des sûretés. Les rédacteurs de l'ordonnance de 2021 ont-ils compris le sens et la portée de leur innovation ?

Le nombre des créanciers concernés imposera d'effectuer un classement propre. Lors de la vente forcée d'un bien meuble, comment régler le conflit entre un rétenteur (invoquant le report), un salarié (invoquant le report de son privilège mobilier général) et un conservateur (invoquant le report de son privilège mobilier spécial).

(762- à 773. : réservés)

774. Les **actions directes-sûretés** permettent donc à un créancier (impayé ou qui risque de l'être) d'obtenir d'un tiers le versement d'une somme d'argent qui aurait normalement dû transiter par le patrimoine du débiteur. L'assiette de l'action directe-sûreté porte donc soit :

- sur une créance (due par un tiers) : c'est une véritable action directe-sûreté. Le prélèvement à la source est effectué en 1ère phase ;
- soit sur un prix, lorsqu'un bien est vendu, à l'amiable ou dans le cadre d'une vente forcée. Le prélèvement prioritaire sur le prix est effectué en 3ème phase.

Les catégories de créanciers bénéficiant de la technique de l'action directe ne sont pas quelconques. On y trouve pour l'essentiel des créanciers économiquement utiles (fournisseurs : rétenteurs, réservataires). La présence d'autres catégories de créanciers reste anecdotique.

II/ Les effets de l'action directe : *l'absence de transit par le patrimoine du débiteur*

775. Les **effets de l'action directe** consistent à permettre au créancier d'obtenir directement une créance, sans qu'elle ne transite par le patrimoine intermédiaire, alors qu'elle devrait normalement le faire. Le créancier final récupère seul et intégralement le produit de son action, ce qui permet de transférer sur les autres créanciers la charge de la pénurie.

Les *actions directes-sûretés* permettent à un créancier d'effectuer un prélèvement à la source sur la somme qu'un tiers devrait normalement verser au débiteur.

- Comme en présence d'une cession de créance, imposant au débiteur (cédé) de payer son nouveau créancier (cessionnaire) et non plus l'ancien (cédant), le créancier prélèvera son dû à la source, directement.
- Le débiteur (cédé) peut opposer au créancier (cessionnaire) les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant : la solution est prévue en régime général des obligations (art. 1324 al. 2 c. civ.[1]), comme en présence d'un nantissement de créance (art. 2363-1 c. civ.[2]). Le sous-débiteur (cédé) ne doit rien de plus au créancier que ce qu'il doit au débiteur intermédiaire. La créance ne change pas de nature avec l'action directe[3].

Le prélèvement à la source (dès la saisie, dès le versement du prix) permet au créancier de transférer sur les autres la charge de la pénurie. Cette fonction spécifique explique d'ailleurs pourquoi l'action directe ne figurait pas au régime général des obligations, droit qui fixe précisément le droit commun du paiement[4]. Le créancier (grâce à son action directe) obtient un paiement intégral sur l'assiette de sa sûreté réelle (à savoir la créance)[5]. L'action directe-sûreté, analysée depuis longtemps comme une sûreté réelle[6]

[1] Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.
« Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.
« Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire. »

[2] Art. 2363-1 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti les exceptions inhérentes à la dette. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le constituant avant que le nantissement ne lui soit devenu opposable. »

[3] Art. L 211-3 c. proc. civ. d'ex. : « Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures. »

[4] Voir : Maurice Cozian, *L'action directe*, 1969, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome préf. d'André Ponsard, n°101, p.65

[5] Cabrillac, Mouly et Pétel, *Droit des sûretés*, 8e éd., 2007, LexisNexis-Litec, n°577 et suiv. parlent de « sûretés par voie détournée » ; Delebecque et Simler, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 5e éd., 2009, Précis Dalloz n°18.

[6] Dès la fin du XIXe siècle : Labbé, *Des privilèges sur les créances*, Rev. crit. législ. et jur. 1876. 665. Voir aussi : Robino, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, thèse, Bordeaux, 1949, p. 78 et suiv. ; Debray, *Privilèges sur les créances et actions directes*, thèse, Paris, 1928, p. 80 et suiv.

et assimilée à un privilège sur créance[1], produit un résultat identique au nantissement de créance et à la cession fiduciaire.

Grâce à l'action directe, le créancier surclasse ceux qui ne sont munis que d'un droit de préférence.

776. Reste à régler les **conflits opposant les créanciers munis d'une action directe-sûreté** : quand un acquéreur doit verser le prix d'achat d'une marchandise, doit-il le verser au gagiste sans dépossession (qui reporte son droit sur le prix), au rétenteur effectif (réparateur) ?

– La *règle de l'antériorité,* qui permet de régler les conflits entre créanciers nantis (art. 2362-1 c. civ.[2], issu de l'ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) doit logiquement également s'appliquer. Le premier créancier en date l'emporte sur le second en date, et ainsi de suite. Le contrat de nantissement conclu en premier est opposable aux autres et l'emporte sur la saisie administrative à tiers détenteur effectuée en second[3].

– *Exceptionnellement*, mais il faut un texte, une action directe-sûreté sera inopposable. La saisie administrative à tiers détenteur pratiquée envers l'employeur d'un débiteur, même postérieure en date, l'emporte sur le nantissement, pourtant premier en date (art. R 3252-37 c. trav.[4]).

– Certains détails d'application restent inconnus : le report du droit de rétention sur le prix est, techniquement, une action directe : est-elle opposable aux créanciers qui ont notifié préalablement au débiteur ?

(777- à 798. : réservés)

[1] Christian Larroumet, *Droit civil. Les obligations. Le contrat, t. 3, 2e partie : Effets*, 6e éd., 2007, Economica, n°795.

[2] Art. 2361-1(ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Lorsqu'une même créance fait l'objet de nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre des actes. Le créancier premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement. »

[3] Civ. 2e, 17 septembre 2020, n°19-10.420, Bull. ; D. 2020 p.1836 (le nantissement du contrat d'assurance-vie conclu en premier l'emporte sur la saisie administrative à tiers détenteur qui lui est postérieure) : « le créancier bénéficiaire d'un nantissement de contrat d'assurance vie rachetable [...] peut provoquer le rachat [et] dispose d'un droit exclusif au paiement de la valeur de rachat, excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers du souscripteur, même privilégiés. »

[4] Art. R 3252-37 c. trav. : « La notification à l'employeur d'un avis à tiers détenteur conforme aux articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales suspend le cours de la saisie jusqu'à l'extinction de l'obligation du redevable, sous réserve des procédures de paiement direct engagées pour le recouvrement des pensions alimentaires. » Voir : Civ. 2e, 1er déc. 2016, n°15-27.303, D. 2016. 2580 : « l'avis à tiers détenteur suspend la procédure de saisie des rémunérations en cours dès sa notification ».

Conclusion de la section 1ère

Les actions directes-sûreté

799. L'**action directe-sûreté** est une prérogative recherchée car elle permet à un créancier de prélever à la source la somme qu'un tiers doit normalement verser au débiteur.

- Lorsqu'une créance est nantie ou fait l'objet d'une cession, le débiteur (cédé) doit payer le créancier dès que l'opération lui est notifiée (avant toute exécution forcée).
- Lorsqu'un prix de revente doit être payé par un tiers-acquéreur, le créancier bénéficiant d'une propriété-sûreté (réservataire, fiduciaire) bénéficie également de l'action directe, par la technique du report.
- Lorsqu'une créance est saisie, l'action directe exercée par le créancier saisissant lui permet d'obtenir un prélèvement à la source. Ainsi, l'employeur du débiteur d'impôts ou d'aliments devra verser directement au trésor public la somme réclamée (dans la limite de la fraction saisissable du salaire) ;
- Lorsqu'un bien fait l'objet d'une vente forcée, le droit au versement du prix est déclenché en troisième phase de l'exécution forcée, ce qui permet de surclasser les créanciers munis d'un simple droit de préférence. Le tiers-acquéreur devra verser le prix d'achat au rétenteur, au propriétaire en titre ou au créancier muni d'un privilège mobilier (art. 2330 al.3 c. civ.).

L'*assiette de la sûreté porte sur toute somme* qu'un tiers doit au débiteur : il suffit d'identifier le tiers pour lui réclamer paiement.

L'action directe-sûreté a pour *effet de légaliser le prélèvement à la source*. Dès qu'une somme doit être versée par un sous-débiteur, certains créanciers chercheront à obtenir le bénéfice exclusif d'une action directe-sûreté. En cas de conflits entre créanciers, la règle de l'antériorité s'applique en principe, sauf exception.

Le prélèvement à la source permet d'obtenir une créance, et donc une somme d'argent. Une autre modalité consiste à obtenir le bien lui-même. C'est l'objet de la propriété-sûreté.

Section 2ème / La propriété-sûreté : *l'action en revendication*

Résumé

La **propriété-sûreté** permet à un créancier, propriétaire en titre, de revendiquer un bien en cas d'impayé, puis d'obtenir une compensation entre le montant de la créance impayée et la valeur des biens revendiqués. Ce mécanisme transforme la propriété précaire (en titre) du créancier en propriété plénière et permet au réservataire ou fiduciaire de prélever à la source un bien ou une créance, et ainsi d'obtenir un surclassement.

La *propriété réservée* bénéficie au créancier économiquement utile. Elle a pour assiette (spéciale) les biens transmis au débiteur, marchandises ou bien d'équipement (dans le cadre notamment du crédit-bail).

- Pendant le remboursement de la dette, le créancier est un propriétaire précaire : la propriété définitive (par transfert du titre de propriété) ne sera acquise au débiteur que par le complet paiement. L'assiette de la sûreté peut être perdue en cas de revente.
- En cas de défaillance du débiteur, le vendeur réservataire exercera une action en revendication (déclenchée en première phase de l'exécution forcée), afin d'obtenir la pleine propriété de ses biens, puis il compensera entre leur valeur et le montant de la créance impayée (cette dernière incluant les intérêts de retard).
- Si les biens ont été (irrégulièrement) vendus à un tiers par le débiteur, le vendeur réservataire disposera d'une action directe-sûreté, grâce à laquelle il reportera son droit de propriété sur la créance du prix de revente.

La *fiducie-sûreté* est destinée à un créancier économiquement prévoyant. En contrepartie du crédit que le créancier fiduciaire accorde au débiteur (constituant), ce dernier transfère la propriété en titre de ses biens (meubles présents ou futurs ou immeubles présents) ou de ses créances : le créancier fiduciaire, acquéreur, devient ainsi débiteur du prix d'achat envers l'emprunteur, débiteur. Lors de dénouement de l'opération,

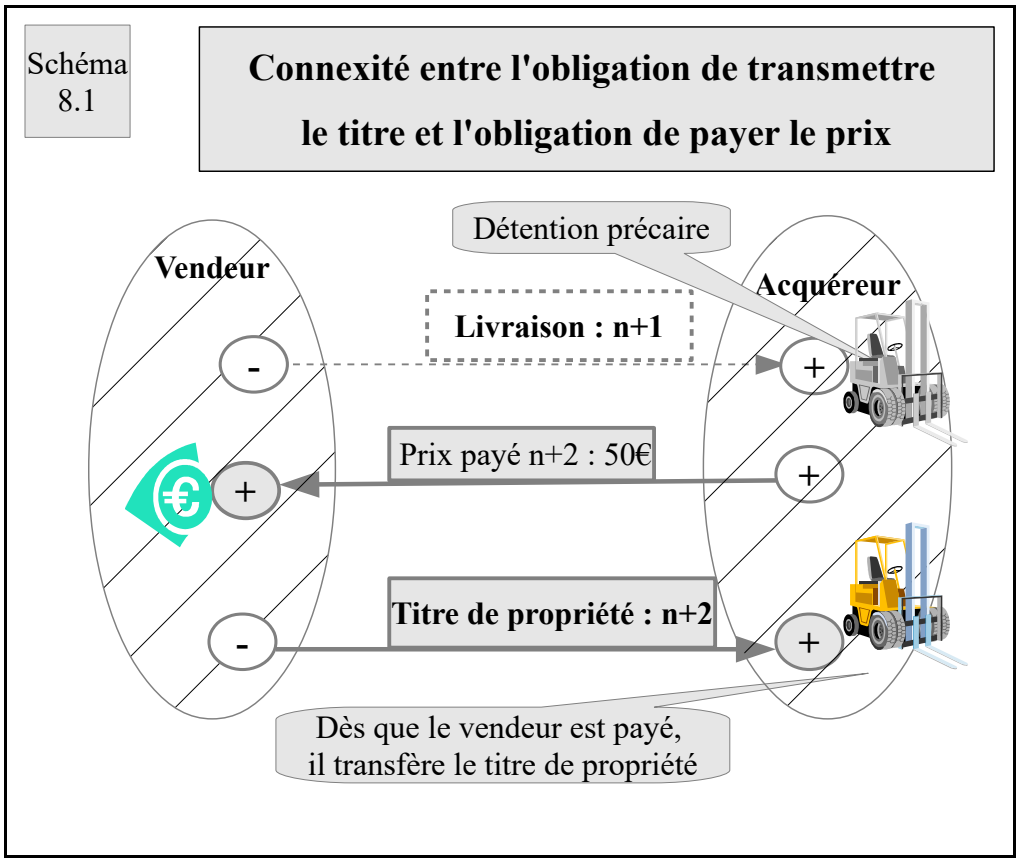
- soit le créancier fiduciaire est remboursé : prix d'achat et prix de revente se compensent, le débiteur redevenant alors propriétaire plénier de ses biens ;
- soit, en cas de défaillance du débiteur, le créancier exercera une action en revendication : le prix d'achat (réévalué à la véritable valeur des biens) que doit le créancier fiduciaire se compensera avec le montant de la créance impayée.

La propriété-sûreté garantit donc un surclassement et procure des avantages spécifiques : l'actif qui sert d'assiette est entièrement gelé tant que la dette n'est pas entièrement remboursée, puisque ces biens sont extraits du patrimoine du débiteur. Aucun autre créancier ne peut les revendiquer (alors que l'attribution judiciaire donne lieu à des conflits potentiels). La propriété-sûreté reste efficace, même si le débiteur professionnel est en procédure collective.

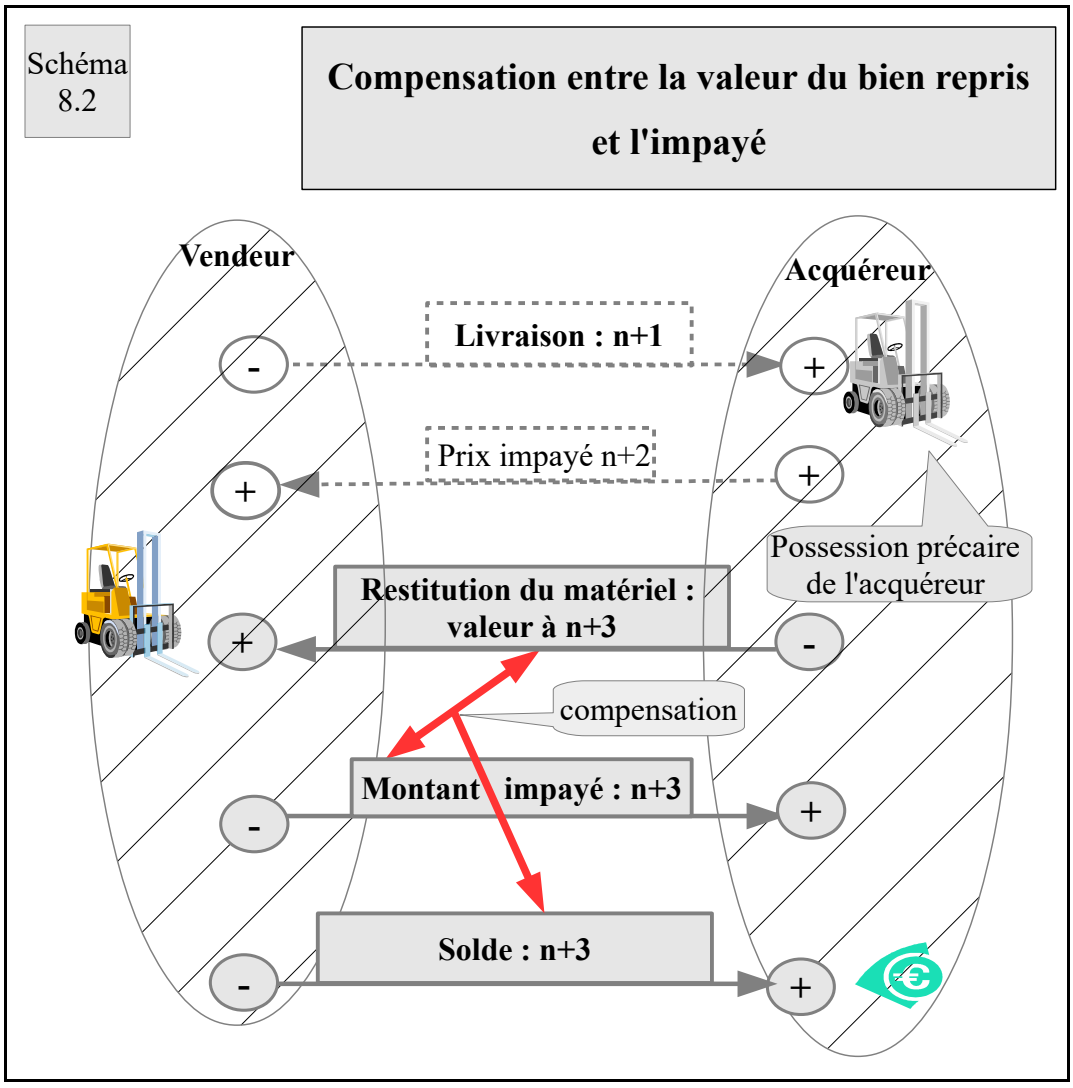
800. La **propriété-sûreté** permet à un créancier, propriétaire en titre, de revendiquer un bien en cas d'impayé : l'action en revendication combinée à la compensation garantira alors un paiement prioritaire et exclusif. Le mécanisme fonctionne selon deux modalités.

– Si le débiteur s'acquitte entièrement de sa dette, il devient ou redevient propriétaire plénier et définitif de l'actif servant d'assiette à la sûreté : le créancier aura alors été un propriétaire précaire (schéma 8.1).

Schéma 8.1



– Si le débiteur est l'auteur d'un impayé, le créancier revendiquera la propriété plénière du bien figurant dans son assiette (et dans son patrimoine) ; il compensera entre sa valeur et le montant de la dette impayée. Le débiteur, pendant le remboursement de la dette, aura été un détenteur précaire. Le paiement par compensation dénoue deux créances connexes (schéma 8.2).

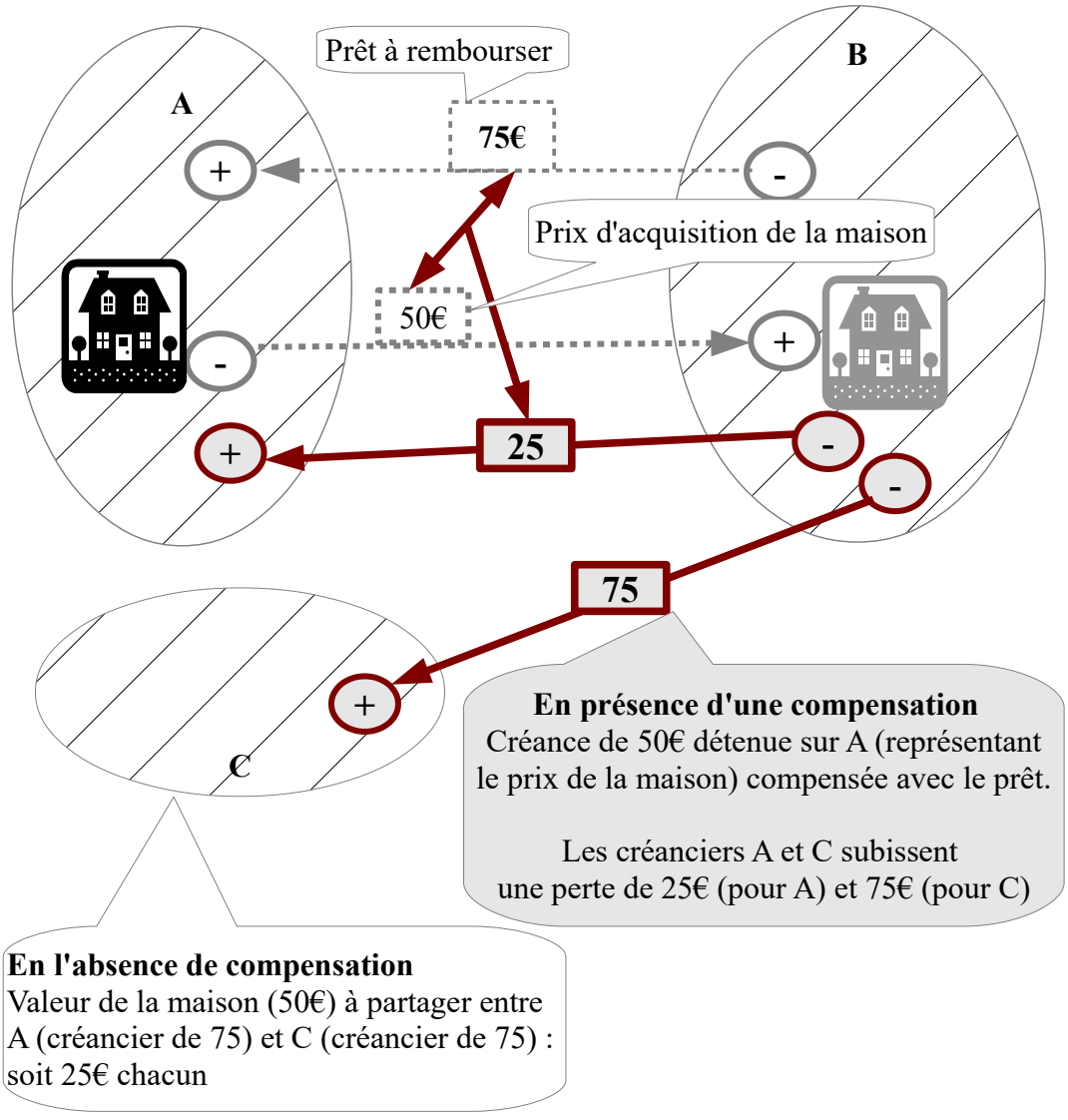


– Lorsque le débiteur est insolvable, le "paiement" par compensation (autorisé en période de faillite : art. L 622-7 I/ c. com.[1]) permettra d'obtenir un surclassement, grâce à la fonction dérivée de la compensation[2] (schéma 8.3). Le mécanisme fonctionne de manière similaire à l'attribution judiciaire : le créancier-propriétaire (officiellement chirographaire) échappe au concours avec les autres créanciers.

[1] Art. L 622-7 c. com. : « I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. […] »
[2] *Régime général de l'obligation*, n°615, spéc. n°617

Schéma 8.3

La fonction dérivée du paiement par compensation en régime général des obligations



Juridiquement, la propriété-sûreté conduit à établir une *propriété précaire*, différente de la propriété classique (pleine et définitive). Dans une vente classique, chacun recherche, à titre principal, l'obtention d'une propriété plénière exercée pour l'un sur le bien acquis et pour l'autre sur le prix. La propriété-sûreté obtenue par le créancier est bien différente :

– premièrement, lors de la conclusion du contrat principal (contrat de vente ou de prêt), le créancier espère être remboursé à échéance. Il obtient un titre de propriété qu'il n'a pas vocation à exercer, c'est du moins ce qu'il espère ;

– deuxièmement, pendant le remboursement de la dette, le créancier économique n'exercera pas les prérogatives normalement dévolues à un propriétaire plénier : il ne peut pas vendre le bien ; le bien (corps certain) demeure en possession du débiteur et à ses risques (le débiteur devant donc souscrire un contrat d'assurance-dommage). Pendant le remboursement de la dette, le titre de propriété-sûreté est donc diminué, parce que précaire et conditionnel ;

– troisièmement, en cas de défaillance du débiteur, le créancier cherchera à assimiler sa situation à celle d'un propriétaire : il revendiquera alors une propriété plénière, pour qu'elle devienne conforme à son titre de propriété.

L'obtention d'une propriété-sûreté, dès lors que son mécanisme est opposable aux autres créanciers, produit des *effets radicaux*.

– Pendant le remboursement de la dette, aucun autre créancier impayé du débiteur ne peut appréhender cet actif (qui ne figure pas dans le patrimoine du débiteur) : l'assiette des biens appartenant au créancier-propriétaire en titre est entièrement gelée à son profit. Le titre de propriété obtenu ou conservé par le créancier joue un rôle similaire à la rétention : dès la conclusion du contrat principal, le créancier dispose d'une mesure préventive.

– En cas de défaillance, le créancier impayé revendique son bien, comme le ferait tout propriétaire dont le bien se trouverait fortuitement en possession d'un tiers (détenteur précaire : à savoir le débiteur) ; la valeur des biens revendiqués par le créancier devra être estimée (loyalement) et elle se compensera avec le montant de la dette impayée. Le créancier, propriétaire en titre, est le seul à pouvoir exercer l'action en revendication (action à exercer dans les trois mois de l'ouverture de la procédure collective : art. L 624-9 c. com.[1])[2].

[1] Titre II : *De la sauvegarde* ; chapitre IV : *De la détermination du patrimoine du débiteur* ; section 3 : *Des droits du vendeur de meubles, des revendications et des restitutions*. Art. L 624-9 c. com. : « La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure. » ; art. L 624-10-1 c. com. : « Lorsque le droit à restitution a été reconnu dans les conditions prévues aux articles L. 624-9 ou L. 624-10 et que le bien fait l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure, la restitution effective intervient au jour de la résiliation ou du terme du contrat. »

[2] L'article L. 624-9 du code de commerce, qui régit la revendication en cas de procédure de sauvegarde est applicable au redressement et à la liquidation judiciaires (art. L. 631-18 et L. 641-14 c. com.).

Le recours massif à la propriété-sûreté est toutefois récent : avant les années 1980, la propriété-sûreté (qui était connue : gage-espèces[1] ; et qui se développait : crédit-bail, créé en 1966, infra[2]) présentait quelques faiblesses (dont certaines demeurent[3]). La plus notable était que la propriété en titre du créancier était inopposable à la faillite (droit des procédures collectives[4]), c-à-d. au moment même où se concrétisaient le risque de pénurie et le retard de paiement. Ces obstacles ont disparu : le législateur a revalorisé la position de deux grandes catégories de créanciers.

801. En **droit positif**, la propriété-sûreté bénéficie à deux catégories de créanciers. Historiquement, les créanciers économiquement utiles en furent les premiers bénéficiaires avec la propriété réservée. Puis les créanciers économiquement prévoyants eurent accès à la fiducie-sûreté, suivant en cela une logique comparable à celle que le gage a suivi (supra[5]).

La *propriété réservée*, destinée au créancier économiquement utile, retarde la date du transfert du titre de propriété. L'acquéreur d'un bien (meuble ou immeuble) n'en deviendra propriétaire plénier et définitif qu'à la condition préalable d'en verser intégralement le prix.

- Tant que le prix n'est pas payé, c-à-d. pendant le remboursement de la dette, l'acquéreur est un possesseur précaire du bien.
- En cas de défaillance du débiteur-acquéreur, le vendeur à crédit (fournisseur) ou le prêteur qui finance l'opération (crédit-bailleur) exercera une action en revendication : redevenu propriétaire plénier, le créancier-vendeur compensera entre la valeur de l'actif récupéré et le montant des échéances impayées.

La *fiducie-sûreté*, destinée à un créancier économiquement prévoyant (à savoir, une banque), sert de contrepartie à des prêts. Quand une entreprise décroche un marché, payable à terme (n+2), et qu'elle doit entre-temps exposer des frais (n+1), un prêt de trésorerie adossé à une cession (fiduciaire) de créance permettra de garantir l'opération.

---

[1] Le dépôt de garantie (variété de gage-espèces) est connu de longue date, mais son régime est spécifique : l'assiette porte sur des choses fongibles, dont le créancier devient immédiatement propriétaire plénier (infra). La technique suppose, comme dans le gage avec dépossession, que le débiteur soit en possession de biens inutiles et de valeur.

[2] Infra, n°812.

[3] Le créancier, propriétaire en titre, ne dispose d'aucun droit de suite (contrairement au gagiste sans dépossession) ; la forclusion de créance pour défaut de déclaration au passif fait perdre au créancier sa sûreté.

[4] Infra, n°815.

[5] Supra n°652 à 659.

– La banque prête à l'entreprise les fonds destinés à payer les salariés, sous-traitants et fournisseurs ; en contrepartie, la banque obtient immédiatement la propriété en titre sur la créance (payable à terme) détenue sur le client final.

– À l'échéance (n+2), si la banque est remboursée à échéance, elle restituera le titre de propriété (rétrocession de créance) ; si le client a payé juste avant que les échéances du prêt ne soient exigibles, ces dernières seront éteintes par compensation. À l'inverse, si la banque n'est pas remboursée de son prêt de trésorerie, elle exercera, en tant que cessionnaire de la créance, une action en paiement contre le client final.

La propriété-sûreté recourt donc à deux mécanismes proches, mais distincts. Dans la propriété réservée, le transfert du titre de propriété est retardé (à la date du paiement effectif) (§1er) ; dans la fiducie-sûreté (§2ème), le transfert du titre de propriété est immédiat et dure tant que la dette n'est pas entièrement remboursée.

(802- à 804. réservés)

§1er/ La propriété réservée : *le transfert retardé de la propriété*

805. La **propriété réservée** (prévue à l'article 2367 c. civ.[1]) est une technique par laquelle un acquéreur (débiteur) ne devient propriétaire plénier de l'actif qu'il acquiert qu'à la condition préalable d'en avoir intégralement payé le prix (supra, schéma 8.1).

– Lors de la livraison du bien qu'il achète, l'acquéreur (débiteur économique) n'en devient que possesseur précaire ; son vendeur (créancier économique) ne lui transférera le titre de propriété qu'en cas de paiement intégral.

– Si le paiement intégral ne survient pas, le vendeur se prévaudra de son titre de propriété pour exercer une action en revendication, grâce à laquelle il redeviendra propriétaire plénier.

[1] Art. 2367 c. civ. : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.
« La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »

La dissociation entre date de livraison et date du transfert de la propriété, justifiée par la liberté contractuelle, recourt à une technique complexe qui possède une fonction en réalité assez simple.

Techniquement, le contrat de vente contient une condition (suspensive) ayant pour fonction de soumettre une opération à terme au régime du contrat à exécution trait pour trait.

– La date de transfert de la propriété est tellement retardée (et dissociée de la date de livraison) qu'elle correspond à la date de paiement du prix, *comme dans la vente conclue au comptant* (ce qu'elle n'est pourtant pas).

– Il sera prétendu qu'à compter de la livraison du bien "vendu", l'acquéreur en sera possesseur précaire, comme le serait un locataire ou un possesseur a non domino (squatteur ou possesseur de bonne foi ignorant le vice de son titre), et ce pendant toute la durée de versement du prix[1].

Le vendeur veut ainsi échapper à un risque spécifique pesant sur le créancier économique : contrairement au vendeur de meuble, assimilé à un créancier (muni d'un privilège[2]), le vendeur réservataire sera assimilé à un propriétaire, bénéficiant spécifiquement de la logique du donnant-donnant applicable au contrat exécuté trait pour trait[3].

Le *but de la clause de réserve de propriété* apparaît alors. Il s'agit de faire bénéficier le vendeur réservataire d'une garantie réelle, bien plus efficace que le droit de préférence dont bénéficie le vendeur de meubles. Techniquement, pourtant, le vendeur réservataire n'est qu'un créancier économique (il n'a le choix qu'entre accepter ou refuser de transférer un bien en attendant le versement d'une contrepartie future) ; mais il sera assimilé à un propriétaire, grâce à la liberté contractuelle, qui a été invoquée pendant un certain temps comme justification pour pallier le manque de texte consacrant cette sûreté réelle (infra n°805-1 et 821). On sait, en effet, que les sûretés réelles sont soumises au numerus clausus : il faut une décision politique pour porter atteinte à l'égalité (de principe[4]) entre les créanciers, en créant un droit au paiement ayant pour effet de transférer sur les autres créanciers un risque accru de pénurie. Désormais

[1] Privé de l'animus tant que le prix n'est pas payé, l'acquéreur s'engage dans une opération curieuse : un contrat translatif de propriété sans transfert de propriété.
[2] Supra, n°553.
[3] *Droit du contrat*, n°905 et suiv. ; n°951 et suiv.
[4] Supra, n°4 et n°16 et suiv. (introduction) ; *Régime général de l'obligation*, n°720 et 722 et suiv.

validée par la loi et inscrite dans le code civil (art. 2367 et suiv. c. civ.[1]), la propriété réservée permet à certains créanciers économiquement utiles d'obtenir un surclassement (ce qui était le but poursuivi).

La propriété réservée obéit ainsi à une technique complexe, et même paradoxale (un contrat translatif de propriété sans transfert de propriété), et pourtant très simple à première vue. Les parties conviennent (simplement) de retarder la date du transfert de la propriété : la clause permettra alors à un *créancier économique d'être assimilé à un propriétaire* plénier en cas d'impayé. Pour obtenir de résultat, il suffit de rédiger une simple clause lors de la conclusion d'un contrat translatif de propriété : la condition (I), simple à respecter, produira un effet (II) puissant.

805-1. La **justification** du traitement préférentiel octroyé au créancier titulaire d'une propriété-sûreté repose essentiellement sur l'économie du prêt à intérêt et de la vente à crédit comparée à celle d'une location. Le débiteur-acquéreur échappe à une charge financière et s'enrichit de la possession d'un bien. Le classement de la propriété-sûreté, lorsque les créanciers sont confrontés au risque de pénurie, repose en revanche sur un choix politique.

La *justification juridique* de la propriété réservée est classiquement fondée sur la liberté contractuelle. Dans une vente[2] classique, le vendeur est tenu de transférer la propriété du bien à l'acquéreur : lorsqu'il est convenu que la livraison est immédiate et que le prix est payable à terme, le vendeur devient mécaniquement un créancier économique, puisque la propriété est transférée dès la conclusion du contrat (*solo consensu* : dès lors que le bien est identifié et le prix déterminé), et ce même si la livraison aura lieu postérieurement.

– En droit de la vente, la propriété est transférée en même temps que les risques (de perte, dégradation, dépréciation ou appréciation du bien), puisque ces risques sont assumés par le propriétaire (à savoir l'acquéreur) (art. 1196 al. 3 c. civ.[3]).

– Mais les parties peuvent dissocier, par une clause spéciale, *date de transfert de la propriété* et date de transfert des risques. Les risques seront transférés à l'acquéreur à la date de la livraison (et non pas à la date, antérieure, de conclusion du contrat : ce qui

[1] Art. 2367 c. civ. : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété
qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.
« La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »

[2] Et plus généralement : dans tout contrat translatif de propriété : échange, donation, location-vente …

[3] Art. 1196 c. civ. : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.
« Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.
« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »
Anc. art. 1138 c. civ. : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul échange des consentements./ Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

signifie que les risques de dégradation lors du transport sont assumés par le vendeur). La propriété sera transférée à la date de paiement du prix.

La clause de réserve de propriété apparaît donc comme une clause spéciale ayant simplement pour objet de retarder la date du transfert de la propriété, ce qu'affirme d'ailleurs explicitement l'article 2367 al. 1er c. civ.[1] : la « clause de réserve de propriété [...] suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ».

Reste ensuite à déterminer le *classement*. Le rang occupé par ce créancier économiquement utile (vendeur de meubles ou d'immeuble) conduira à l'assimiler soit à un créancier (soumis à la logique collective comme le sont également les salariés, les frais de justice …), soit à un propriétaire (bénéficiant d'un déclencheur précoce pour quitter la procédure collective). Le choix politique qui préside au classement conduira à déterminer celui qui doit l'emporter en cas de pénurie, entre le vendeur, le salarié, le trésor public et le banquier (prêteur).

I/ Les conditions posées à la propriété réservée : *une clause quelconque*

806. Les **conditions posées à la propriété réservée** ont essentiellement pour objet d'écarter les dispositions supplétives de volonté applicables à un contrat translatif de propriété. De ce point de vue, la clause de réserve de propriété est quelconque : elle se présente sous la même forme que toute autre clause (précisant la qualité du bien acquis ou les modalités de paiement). Aucun contrat spécifique, comme c'est le cas pour le contrat d'hypothèque ou de gage, n'est conclu pour établir la propriété réservée.

Conformément au droit commun du contrat, il faudra que les contractants consentent (1), précisent l'objet de la clause (à savoir essentiellement son assiette) (2) et rendent la clause opposable aux tiers (3), pour que la propriété du bien en possession de l'acquéreur puisse être opposée par le vendeur aux tiers, et spécialement aux autres créanciers.

1/ Le consentement à la propriété réservée : *l'exigence d'une acceptation*

807. Le **consentement à la propriété réservée** est établi par une clause figurant dans le contrat translatif de propriété (de vente ou de crédit-bail) : selon l'article 2368 c. civ., la clause doit être « convenue par écrit ». Cette clause (dactylographiée) possède un contenu a priori relativement neutre et standardisé : il suffira de mentionner que « le vendeur demeure propriétaire des biens livrés jusqu'au complet paiement du prix » ou

[1] Art. 2367 c. civ. : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.
« La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »

que « les marchandises vendues sont la propriété réservée du vendeur jusqu'à l'entier paiement du prix ».

L'exigence d'une clause « convenue par écrit » (a) exprimera donc le consentement des parties ; son contenu (b) précisera simplement que la date du transfert de propriété est subordonnée au respect d'une condition.

a/ L'exigence d'une clause « convenue par écrit »

808. L'**exigence d'une clause « convenue par écrit »** (art. 2368 c. civ.[1]) signifie que la réserve de propriété résulte exclusivement d'un contrat. Cette sûreté contractuelle doit être à la fois « convenue », ce qui est la moindre des choses en présence d'un contrat, et établie « par écrit », ce qui signifie que l'expression de la volonté des parties est soumise à une règle de forme (« par écrit »). Or, sur ce dernier point, le code de commerce ainsi que la jurisprudence admettent des solutions étranges.

L'exigence d'une clause « *convenue* » signifie que la propriété réservée est uniquement accessible aux contractants en position de puissance suffisante pour faire accepter la clause par l'autre.

- Conformément au droit du contrat, la clause de réserve de propriété doit être convenue explicitement lors de la conclusion (ponctuelle) du contrat translatif de propriété ou lors de la conclusion du contrat-cadre (art. 1111 c. civ.[2]) régissant les relations d'affaires entre les parties[3]. La clause de réserve de propriété sera donc acceptée en même temps que toutes les autres clauses, quand les parties signent le contrat.
- En revanche, la clause ne sera pas « convenue », lorsqu'elle figure uniquement sur un bon de livraison ou une facture : « la stipulation unilatérale de la réserve de propriété »[4] n'est d'ailleurs ni convenue, ni même correctement « écrite ».

L'exigence d'un « *écrit* », seconde condition, gouverne l'expression de la volonté. La règle sera respectée quand la clause de réserve de propriété figure dans le contrat écrit,

[1] Art. 2368 c. civ. : « La réserve de propriété est convenue par écrit. »

[2] Art. 1111 c. civ. : « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution. »

[3] Voir, art. 624-16 al. 2 c. com., infra : « Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause, qui peut figurer sur un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison ».

[4] J. Malaurie et L. Aynès, *Les sûretés. La publicité foncière*, 3e éd., 2008, Defrénois, n°759, p. 355 : « L'ordonnance du 23 mars 2006 a donc mis fin à cette possibilité d'une stipulation unilatérale de la réserve de propriété »

signé par les deux parties ; elle ne le sera pas quand les parties en conviennent par oral. L'article 2268 c. civ. ne précise toutefois pas la sanction, lorsque la clause ne figure pas sur le contrat signé des parties : est-on en présence d'une règle de preuve ou de forme ?

– Si l'exigence est une règle de forme, le contrat translatif de propriété ne mentionnant pas la clause de propriété réservée signifie que la propriété est transférée dès la date de conclusion du contrat (art. 1196 al. 1er c. civ.[1], établissant une règle supplétive de volonté[2]) : la propriété réservée est alors systématiquement rejetée, même si le vendeur produit un échange de mail ou une conservation enregistrée.

– Si l'exigence est une règle de preuve, il serait possible pour le vendeur de faire reconnaître sa propriété réservée sur les biens livrés en produisant un complément de preuve (e-mail, bon de livraison …). Cette solution est improbable, mais c'est ce que semblent admettre le code de commerce et la jurisprudence de la chambre commerciale de la cour de cassation (infra, n°808-1).

Telle qu'elle figure à l'article 2368 c. civ., donc en droit commun, la clause de réserve de propriété « convenue par écrit » pose une double exigence qu'un créancier prudent (soumis à l'article 2368 c. civ.) respectera en signalant clairement et explicitement la clause sur l'écrit du contrat translatif de propriété (vente, crédit-bail). Cette règle de forme, qui doit avoir été acceptée par le cocontractant, possède un contenu d'ailleurs relativement standardisé.

808-1. En **droit des procédures collectives**, le législateur admet depuis 1980 que la clause de réserve de propriété doit être « *convenue par écrit au plus tard au moment de la livraison* »[3], formulation que l'on retrouve à l'article L 624-16 al. 2 c. com.[4], traitant de l'action en

[1] Art. 1196 c. civ. : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.
« Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.
« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »

[2] *Droit du contrat*, n°950 et suiv., spéc. n°952.

[3] Loi n°80-335 du 12 mai 1980 dite Dubanchet *relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente*, art. 1er complétant l'art. 65 de la loi n°67-5636 du 13 juillet 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes* : les marchandises soumises à l'action en revendication sont celles détenues à titre précaire par le débiteur « ainsi que les marchandises vendues avec une clause suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison ».

[4] Art. L 624-16 al. 2 c. com. : « Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. »

revendication exercée en cas de procédure collective : le texte admet aussi que la clause établie « dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. ». Le bon de livraison (écrit rédigé unilatéralement par le vendeur), postérieur à l'accord des parties, peut-il être admis ?

La jurisprudence de la chambre commerciale, même depuis l'adoption de l'article 2368 c. civ. par l'ordonnance du 23 mars 2006, a admis ce mode de preuve et, du même coup une acceptation tacite, lorsque l'acquéreur ne proteste pas quand il reçoit un bon de livraison (et même une facture précédente[1]) mentionnant clairement la clause de réserve de propriété. Cette jurisprudence est contestable :

- l'exigence de l'écrit est traitée comme une règle de preuve, ce qui impose au client de lire le bon de livraison et de refuser de le signer (ou de le signer avec réserve), quand la clause de réserve de propriété y apparaît subitement (faute de quoi elle serait considérée comme implicitement acceptée[2]).
- Or, l'exigence de l'écrit, signé des deux parties, apparaît comme une exigence de fond, par laquelle la clause est véritablement consentie par l'un (le créancier) comme par l'autre (le débiteur). Une acceptation explicite est nécessaire.

Légalement, la clause de réserve de propriété doit être convenue par écrit, condition de forme.

b/ Le contenu de la clause : *une condition complexe*

809. Le **contenu de la clause** correspond à la formule type que reprend l'article 2367 c. civ.[3] : l'alinéa premier fixe son objet explicite, à savoir la modification de la date de transfert du titre de propriété ; l'alinéa second précise que la clause possède un caractère accessoire, à savoir qu'elle obéit au régime de l'obligation réelle. Techniquement, il s'agira de faire en sorte que le contrat translatif de propriété ne produise pas son effet essentiel (le transfert de la propriété) grâce à une condition complexe.

Le *contenu explicite* de la clause de réserve de propriété se borne à mentionner une formulation quelconque selon laquelle « le vendeur se réserve la propriété des marchandises jusqu'à complet paiement » ou « le transfert de la propriété est suspendu tant que le prix ne sera pas intégralement versé ». La clause affirme littéralement que la date de transfert du titre de propriété est retardée et subordonnée à une condition

[1] Com., 31 janvier 2012, n°10-28.407, Bull. n°18 : (abstrat) « Il résulte des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 2, du code de commerce, qu'à défaut d'écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, l'acceptation par le débiteur de la clause de réserve de propriété s'apprécie pour chaque vente objet de celle-ci au plus tard à la date de la livraison ; elle peut, suivant les circonstances, être déduite de la réception sans protestation, dans le courant de relations d'affaires, de factures antérieures comportant la clause litigieuse ».

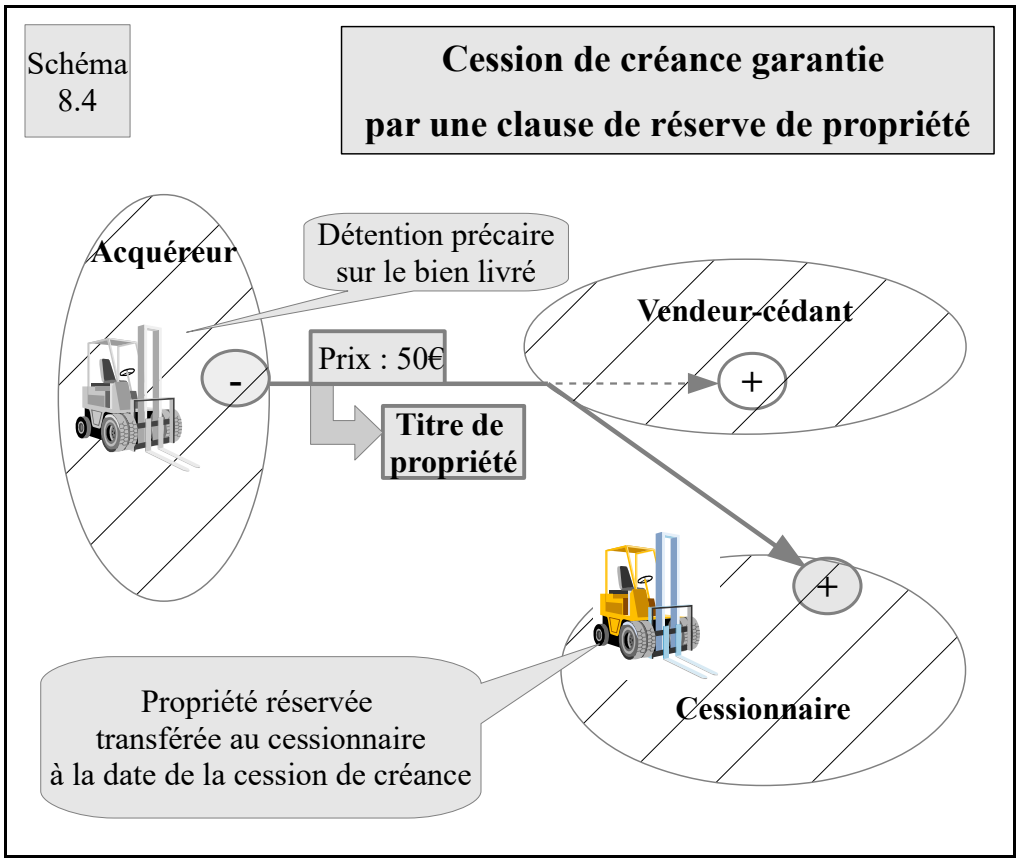
[2] Cette solution n'est pas admise en droit du contrat, depuis l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016 : art. 1120 c. civ. : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. »

[3] Art. 2367 c. civ. : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

« La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »

suspensive, celle du paiement intégral du prix. Cette clause (simple) signifie donc que l'acquéreur ne devient (à compter de la livraison) que possesseur précaire, et qu'il a vocation à devenir propriétaire plénier, en respectant une condition (à savoir le complet paiement).

La précision apportée par l'article 2367 al. 2 c. civ. (« La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. ») se borne à rappeler le droit commun des sûretés (supra n°7 et suiv.) de la cession de créance comme de l'*obligation réelle*[1]. La créance garantie, à savoir le prix de vente, peut faire l'objet d'une cession de créance[2], en informant le débiteur (cédé)[3] ; la clause de réserve de propriété est un service attaché à la créance (et non à la personne du créancier). En conséquence, devient propriétaire en titre du bien, le cessionnaire de la créance (schéma 8.4).



[1] *Droit du contrat*, n°880 et suiv. ; *Régime général des obligations*, n°325 et suiv.

[2] Art. 1321 al. 1er c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire. » Voir, *Régime général des obligations*, n°342 et suiv.

[3] Art. 1324 al. 1er c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. » Voir, *Régime général des obligations*, n°348.

L'*économie de l'opération* signifie ainsi que les parties s'engagent dans un contrat translatif de propriété, mais qui pourra être assimilé à une location ou à un louage tant que le prix n'est pas payé.

– Soit les parties conviennent d'un contrat de vente avec paiement à terme (90 jours : terme suspensif) ou à échéances successives (vente à crédit), portant notamment sur la livraison de marchandises ou l'acquisition d'un bien d'équipement ;

– Soit elles conviennent d'un contrat de crédit-bail. La banque (crédit-bailleur) acquiert un matériel pour le compte de son client (crédit-preneur) et le lui "loue" : le crédit-preneur est tenu de verser des échéances appelées « loyers » correspondant au prix (capital et intérêts).

Dans ces deux contrats (vente ou crédit-bail), tant que la condition du paiement du prix n'est pas acquise, les parties feront comme si l'acquéreur n'est qu'un détenteur précaire.

810. La clause de réserve de propriété obéit **techniquement** à un régime complexe. La condition suspensive portant sur le transfert de la propriété modifie en profondeur l'économie du contrat (au regard du risque d'impayé).

En régime général des obligations[1], la *condition* (art. 1304 c. civ.[2]) est soit suspensive (quand il s'agit de geler l'exécution d'une prestation), soit résolutoire (quand il s'agit, après exécution de l'obligation, de revenir à la situation de départ).

– Dans la vente avec propriété réservée, la propriété retenue signifie que le transfert du titre de propriété est gelé (condition suspensive) : ce gel porte sur la prestation du vendeur.

– En cas d'impayé, le vendeur (créancier de la prestation et créancier de la condition résolutoire) semble se prévaloir de la résolution, pour revendiquer la propriété (plénière) de son bien. Mais le seul effet de cette condition résolutoire est de justifier la revendication du bien par le créancier impayé. Pour le reste, le contrat demeure valide.

La clause de réserve de propriété est une condition suspensive (gel du transfert du titre de propriété) qui n'est associée qu'en apparence à une condition résolutoire (servant uniquement en réalité à justifier la revendication).

La suspension du transfert du titre de propriété modifie profondément l'économie du contrat translatif de propriété.

[1] *Régime général des obligations*, n°135 et suiv.

[2] Art. 1304 c. civ. : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.
« La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.
« Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. »

– La clause signifie que l'acquéreur ne devient que possesseur précaire, solution qui peut surprendre en droit des contrats spéciaux. Classiquement, la différence entre un contrat translatif de propriété (vente, échange) et un contrat portant sur la possession (location, louage, prêt) porte précisément sur le *statut de la détention du bien* : soit on donne, soit on prête. Avec la clause de réserve de propriété, la différence s'estompe : l'acquéreur détient les marchandises ou utilise le matériel, et cette détention s'exerce sans animus[1] tant que la condition suspensive (complet paiement) n'est pas accomplie.

– L'absence d'animus exercé par le débiteur-acquéreur justifie alors l'*action en revendication* exercée par le vendeur-créancier. Contrairement au vendeur de meubles (créancier économique) qui ne peut légalement plus revendiquer quand une vente avec paiement à terme a été consentie, le vendeur réservataire (propriétaire en titre) conserve cette prérogative tant que le prix n'est pas payé.

Quel que soit le caractère convaincant de l'argument portant sur le statut de la détention et ses conséquences, le résultat est que l'action en revendication du vendeur réservataire est admise : c'est là un point névralgique (infra).

811. En résumé, le consentement à la clause de réserve de propriété est établi conformément au droit commun du contrat, par une simple clause figurant dans le contrat translatif de propriété. Selon l'article 2268 c. civ.[2], une acceptation explicite et écrite est exigée de la part de l'acquéreur.

2/ L'assiette de la propriété réservée : *au profit du créancier économiquement utile*

812. L'**assiette de la propriété réservée** garantit uniquement le créancier économiquement utile (incluant désormais le prêteur qui finance l'opération), propriétaire d'un bien qu'il transmet à l'acquéreur.

Selon l'article 2367 al. 1er c. civ.[3], l'*assiette est spéciale*. Elle porte exclusivement sur le bien vendu (meubles ou immeubles[4]), à savoir la « *contrepartie* » du prix d'acquisition[5]. Le domaine d'application de la propriété réservée est potentiellement vaste, puisque applicable à toute opération translative de propriété, à savoir la vente avec paiement à terme (garantissant le fournisseur professionnel) et le crédit-bail portant sur

[1] L'*animus*, en droit des biens, est l'intention de se comporter en tant que propriétaire.

[2] Art. 2368 c. civ. : « La réserve de propriété est convenue par écrit. »

[3] Art. 2367 al. 1er c. civ. : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. »

[4] Art. 2375 c. civ. (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) : « Les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, le gage immobilier et les hypothèques.
« La *propriété de l'immeuble peut également être retenue* ou cédée en garantie. »

[5] L'« obligation qui en constitue la contrepartie » correspond à l'obligation de payer de prix ; mais, dans le contrat d'échange, l'absence de prix n'exclut pas la propriété réservée.

l'acquisition d'un matériel d'équipement ou d'un immeuble (et garantissant un prêteur, et spécialement un établissement financier) :

– Une loi du 2 juillet 1966[1] a admis le *crédit-bail* (figurant désormais aux articles 313-7 et suiv. c. mon. et fin.[2]). Les loyers versés par l'acquéreur viennent en déduction du prix (accru des intérêts), mais le crédit-preneur est juridiquement un locataire pendant la durée du remboursement. Le plus souvent, le contrat précise qu'il assume les risques de perte du bien (et doit en conséquence souscrire une assurance) ainsi que les charges (foncières, en présence d'un immeuble ; frais conservation, en présence d'un matériel).

– La vente avec paiement à terme porte aussi bien sur des marchandises destinées à la revente (quand l'acquéreur est un distributeur) ou sur des matériels durables (auquel cas la vente s'effectue à crédit[3]).

L'assiette porte sur un *bien actuel quelconque* (corps certain voire chose fongible à l'exclusion de la monnaie[4]) faisant l'objet d'un contrat translatif de propriété (vente, échange, crédit-bail ...). La propriété réservée du vendeur peut donc porter sur un corps certain présent, à savoir un immeuble, un meuble corporel (marchandise ou bien durable) ou incorporel (brevet ; compte-titre). La propriété réservée peut également porter sur une chose fongible, quand une marchandise livrée (bière, essence …) est stockée par le débiteur.

812-1. En validant en 1966 le **crédit-bail**, le législateur a mené une politique ambiguë. On sait en effet que le législateur avait autorisé les gages sans dépossession, mais sur des biens spéciaux

[1] Loi n°66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail.

[2] Art. L 313-7 c. mon. et fin. : « Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :
1. Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ;
2. Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, (...), lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail (…)
3. Les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels (…)
4. Les opérations de location de parts sociales ou d'actions prévues aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du code de commerce, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers. »

[3] La vente à crédit d'automobile s'effectue souvent par le biais d'un organisme de crédit : ce n'est donc plus le vendeur, mais sa banque qui finance l'opération (qui sera donc un crédit-bail : supra).

[4] Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, Bull. n°87 ; D. 2013, p. 1342, note Alain Lienhard ; D. 2013, p. 1594 à 1599, note Frédéric Danos ; JCP E 2013, n°1434, p. 23 à 27, spéc. n°5, p. 25, note Philippe Pétel ; Bulletin Joly Entreprises en difficulté, n°4, juillet-août 2013, n°110c2, p. 226-227, note Maud Laroche ; JCP G 2013, n°897, p. 1539 à 1545, spéc. n°3, p. 1540, note Marc Billiau. : (abstrat) « Une demande en restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur. »

uniquement (véhicule automobile, matériel d'équipement), afin d'orienter l'activité économique. Or, en validant le crédit-bail mobilier et immobilier, sur une assiette quelconque, le législateur fragilisait la justification des gages spéciaux (sans dépossession). Cela est exact sous réserve d'une précision importante : jusqu'en 1980, la propriété réservée du crédit-bailleur était fragile, car inopposable à la faillite du débiteur professionnel.

813. Le créancier réservataire bénéficiera en conséquence d'une **protection** différente selon que l'aliénation de son bien est publiée, soumise à l'article 2276 c. civ. ou au statut des choses fongibles :

– La *publicité obligatoire* donnée à l'aliénation d'un bien permet au créancier réservataire de bénéficier d'une protection équivalente au droit de suite, puisque tout tiers est tenu de se renseigner sur le statut juridique du bien, même possédé par le débiteur. Il en va ainsi en présence d'un immeuble, d'un meuble immatriculé (véhicule automobile, aéronef ou navire ; matériel d'équipement doté d'une plaque d'identification) ou de meuble incorporel inscrit en compte (actions de société, brevet …) et d'un meuble soumis à publicité (fonds de commerce).

– L'assiette portant sur un meuble, corps certain courant, sera perdue quand un tiers-acquéreur de bonne foi peut opposer l'article 2276 c. civ. Toutefois, l'assiette n'est pas systématiquement perdue : en présence d'un meuble incorporé à un autre bien (meuble ou immeuble), si le bien peut être séparé sans dommage (art. 2370 c. civ.[1]), le propriétaire pourra exercer son action en revendication.

– La propriété réservée portant sur un bien fongible (art. 2369 c. civ.[2]) correspond à des hypothèses plus marginales. En présence d'une livraison d'essence, conservée dans une cuve, on applique alors le droit applicable au quasi-usufruit. L'acquéreur en devient propriétaire, à charge de rendre une chose pareille : une livraison d'essence stockée en cuve sera restituée par la reprise d'une quantité pareille. En revanche, la monnaie (bien fongible par essence) ne

[1]Art. 2370 c. civ. : « L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage. »
[2] Art. 2369 c. civ. : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. »

peut pas faire l'objet d'une propriété réservée (Com., 22 mai 2013[3]). L'assiette est alors perdue.

Le propriétaire réservataire est donc soumis à un risque de perte de son assiette, sauf lorsque elle porte sur un bien dont l'aliénation est soumise à publicité obligatoire (fonds de commerce, immeuble). Pour réduire ce risque, il faut rendre son droit opposable aux tiers.

(814- à 819. : réservés)

3/ L'opposabilité de la clause de réserve de propriété : *la qualité de propriétaire reconnue à un créancier économiquement utile*

820. L'**opposabilité de la clause de réserve de propriété** a été longue à émerger, ce qui peut sembler curieux. En effet, la technique a été admise par le législateur dès 1966 (loi du 2 juillet 1966 créant le crédit-bail) et la doctrine civiliste a même affirmé que la liberté contractuelle permettrait de justifier la propriété réservée au profit du vendeur réservataire. L'action en revendication exercée par le créancier, propriétaire réservé, fut ainsi admise en droit civil ; mais la clause a été longtemps considérée comme inopposable à la faillite (du débiteur professionnel en procédure collective). L'opposabilité de la clause de réserve de propriété impose donc de distinguer ces deux aspects, opposabilité en droit civil et opposabilité en droit de la faillite.

821. En **droit civil**, l'opposabilité d'une clause contractuelle aux tiers (et spécialement aux autres créanciers) est acquise si la clause est substantiellement respectable (non frauduleuse) et si elle est régulièrement connue des tiers (ce qui pose un problème quand le bien est livré, donc en possession du débiteur) (art. 1200 al. 1er c. civ.[1]).

Le *caractère respectable* de la clause de réserve de propriété n'était pas évident de prime abord, malgré les affirmations de la doctrine de l'autonomie de la volonté affirmant que la clause était parfaitement compatible avec la liberté contractuelle[2].

[3] Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, préc. : (abstrat) « Une demande en restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur. »

[1]Art. 1200 al. 1er c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. »

[2] L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2004, n°754, p. 310 : « Cette clause a toujours été valable, car ni l'article 1583, ni l'article 1138 [devenu 1196] du Code civil, qui lient le transfert de propriété à la conclusion de la vente, ne sont impératifs ». Aussi : P. Simler et P. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 2e éd., 1995, n°604, p. 496 : « Parfaitement valable entre les parties, car ne heurtant aucune disposition essentielle du contrat de vente, pleinement efficace à l'égard des tiers, sans préjudice du jeu de l'article [2276] C. civ.

– Pour dissocier la date de transfert de la propriété de celle de la conclusion du contrat[1] ou de celle de la livraison du bien et considérer que les dispositions de l'article 1583 c. civ.[2] (affirmant que la propriété est « acquise de droit à l'acheteur » dès la conclusion du contrat) étaient toutes supplétives de volonté, il fallait admettre que les contractants pussent créer une sûreté réelle, en échappant au numerus clausus. Or, la technique de la propriété est, quoi qu'on en dise[3], destinée à permettre au vendeur d'obtenir un paiement prioritaire, en transférant sur les autres créanciers la charge de la pénurie. On comprend sans difficulté qu'un tel résultat (création d'une sûreté réelle et fixation de son rang) suppose une décision politique.

– En réalité, il a fallu attendre l'ordonnance du 23 mars 2006 pour affirmer clairement que la propriété réservée est une opération valide, dotée d'un domaine général. Le caractère substantiellement licite de la clause étant admis (sauf clause abusive[4] : art. 1171 c. civ.), il faudra également que la clause soit connue.

L'opposabilité de la clause aux tiers impose au créancier de *faire connaître le contenu* du contrat de vente ou de crédit-bail. Les règles relatives à la publicité s'appliquent, différemment selon qu'une publicité est organisée ou non.

– Les tiers non spécialement identifiés (à savoir les autres créanciers du débiteur) doivent consulter la publicité effectuée sur registre[5] : c'est systématiquement le cas quand le crédit-bail (art. 313-10 c. mon. et fin.[6]) porte

(…) » et n°605, p. 497 : « Le transfert de propriété *solo consensu* n'est pas de l'essence de la vente. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit retardé par une clause particulière à l'exemple de la clause de réserve de propriété ».

[1] Art. 1196 c. civ. : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. / Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. (...) ». Anc. art. 1138 al. 1er c. civ. : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul échange des consentements des parties contractantes. / Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques (…).»

[2] Art. 1583 c. civ. : « Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

[3] P. Simler et P. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 2e éd., 1995, n°259, p. 241 : « Admettre que la propriété est une sûreté ne revient pas à créer une nouvelle sûreté, ce qui est, précisément, impossible […] [implicitement : en raison de l'ordre public] ». […] Reconnaître que le droit de propriété peut être une sûreté est simplement mettre à jour l'une des facettes de cette institution dans les limites prescrites par le droit positif ».

[4] Infra, n°832.

[5] Art. R 313-5 c. mon. et fin. : « Lorsque le client de l'entreprise de crédit-bail est immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffe du tribunal dans le ressort duquel ce client est immatriculé à titre principal.

« Lorsque le client n'est pas immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel est situé l'établissement de ce client bénéficiaire du crédit-bail. »

[6] Art. L 313-10 c. mon. et fin. : « Les opérations mentionnées à l'article L. 313-7 sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers. » ; art. R 313-3 c. mon. et fin. : « Les opérations de crédit-bail, mentionnées à l'article L.

sur un bien soumis à publicité obligatoire (immeuble[1], bail : supra n°813). La publicité rend la propriété du réservataire opposable erga omnes (sans avoir à tenir compte de la bonne foi du tiers, sauf exception[2]).

– Lorsque la propriété réservée porte sur des meubles quelconques, aucune mesure spéciale de publicité n'est prévue. En conséquence,

  – Les tiers seront informés de l'identité du véritable propriétaire lors de l'inventaire des biens (en possession du débiteur), acte par lequel démarrent les opérations de saisie. Depuis 2021, le bailleur n'a plus à être spécialement informé de la clause de réserve de propriété lorsque le bien meuble est placé dans les locaux loués : selon l'article 2332 1° c. civ.[3], le privilège du bailleur ne porte que « sur le mobilier garnissant les lieux et appartenant au débiteur ». Les meubles faisant l'objet d'une propriété réservée n'entrent plus dans l'assiette du privilège du bailleur.

  – Le vendeur réservataire perd l'assiette de sa sûreté quand les meubles quelconques sont vendus : il ne dispose d'aucun droit de suite (contrairement au gagiste sans dépossession), le tiers-acquéreur de bonne foi opposera sa propriété.

En droit civil, la clause de réserve de propriété est donc opposable aux tiers dès que le contrat translatif de propriété est effectivement connu et régulièrement publié (quand une publicité est organisée).

822. L'**opposabilité à la faillite** de la clause de réserve de propriété n'a été obtenue en droit de la faillite qu'en 1980. Depuis cette loi de 1980, le vendeur réservataire peut donc transférer sur les autres créanciers le risque d'impayé pour cause de pénurie.

313-7, sont soumises à une publicité. Celle-ci doit permettre l'identification des parties et des biens faisant l'objet de ces opérations »

[1] Art. R 313-12 c. mon. et fin. : « Les contrats mentionnés au 2 de l'article L. 313-7 donnent lieu, selon les stipulations qu'ils comportent, à publicité obligatoire ou facultative, auprès du service de la publicité foncière suivant les modalités fixées pour les contrats de même nature régis par les articles 28 et 37 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955 modifié portant réforme de la publicité foncière. » ; art. R313-13 c. mon. et fin. : « Le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers dans les conditions prévues à l'article 30 du décret du 4 janvier 1955 précité. »

[2] En présence d'un crédit-bail portant sur un meuble, la clause est opposable au tiers qui a effectivement connaissance de la clause. Art. R 313-10 c. mon. et fin. : « Si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées aux articles R. 313-4 à R. 313-6, l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits. »

[3] Art. 2332 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur certains meubles sont :
1° Toutes les sommes dues en exécution d'un bail ou de l'occupation d'un immeuble, sur le mobilier garnissant les lieux et appartenant au débiteur, y compris, le cas échéant, le mobilier d'exploitation et la récolte de l'année ;

Avant la loi n°80-335 du 12 mai 1980 dite Dubanchet *relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente*[1] la clause de réserve de propriété était inopposable à la faillite du débiteur professionnel. Aucune action en revendication n'était admise au profit du contractant qui avait accepté sa position de créancier économique : il figurait donc parmi les créanciers (de la masse) soumis au droit de la faillite. Le crédit-bailleur et le fournisseur (vente à terme ou à crédit), créanciers économiquement utiles, étaient donc confrontés à un risque d'impayé auquel ils ne pouvaient pas échapper, sauf exception. L'action en revendication était paralysée en cas de faillite.

En 1980, la loi n°80-335 du 12 mai 1980[2] avait pour seul objectif de rendre la clause de réserve de propriété *opposable à la faillite* : dès la conclusion ou la publication du contrat translatif de propriété, les tiers sont réputés informés de la propriété retenue par le vendeur[3].

En rendant, en droit de la faillite, la propriété réservée opposable aux autres créanciers, le législateur français a donc choisi de revaloriser la position des créanciers économiquement utiles ayant accès à cette technique. L'action en revendication[4] ou en restitution[5] exercée par le vendeur ou crédit-bailleur (à la condition qu'il ait publié son contrat[6]) signifie mécaniquement[7] que tous les autres créanciers (par définition non propriétaires de l'actif en question) seront surclassés.

---

[1] Section 6 Droits du vendeur de meubles et revendications, art. 59 à 66 de la loi n°67-5636 du 13 juillet 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, antérieurement à la loi n°80-335 du 12 mai 1980 dite Dubanchet *relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente* : les cas limitativement énumérés dans lesquels l'action en revendication est autorisée (art. 61 à 66) ne mentionnent pas celui d'une marchandise livrée et en possession du débiteur à la date ouvrant la procédure collective.

[2] L'adoption de la loi Dubanchet préc. (art. 1er) a conduit à compléter l'art. 65 de la loi de 1967 : « ainsi que les marchandises vendues avec une clause suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison ».

[3] Depuis une loi du 12 mai 1980, et surtout depuis la loi du 24 janv. 1985 (art. 121 al 2), la clause de réserve de propriété est désormais opposable à la faillite. Conséquence immédiate : les vendeurs à crédit d'automobile utilisent de nouveau la clause de réserve de propriété, et délaissent le gage des véhicule automobiles à moteur, ainsi que le nantissement de matériel d'équipement, ainsi évidemment que toutes les sûretés réelles donnant lieu à droit de préférence.

[4] À défaut de publicité, l'action en revendication doit être exercée dans les trois mois : Com., 5 novembre 2013, n°12-25.765 (l'enregistrement n'est pas une publicité).

[5] L'action en restitution est exercée lorsque la propriété n'est pas discutée, en raison de la publicité effectuée sur registre. Art. L 624-10 c. com., « Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité ».

[6] Com., 14 décembre 2022, n°21-16.048, Bull. ; D.2023 p.6 : « la demande de restitution d'un bien meuble formée par un crédit-bailleur (..) suppose que le contrat de crédit-bail en cause ait fait l'objet d'une publicité régulière avant le jugement ouvrant la procédure collective du crédit-preneur. (…) si les formalités de publicité du contrat de crédit-bail n'ont pas été accomplies régulièrement, le crédit-bailleur ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client ses droits sur les biens dont il a conservé la propriété, sauf s'il établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits. »

[7] Ce que relève la doctrine de l'époque : F. Derrida, P. Gode et J.-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3e éd., n°251, note 27, cité par Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les sûretés. La publicité foncière*, 3e éd., 2008, n°758, p. 354.

(823. réservé)

824. En somme, les **conditions de formation** de la propriété réservée sont très simples, puisqu'il n'est pas nécessaire de conclure un contrat spécifique : une clause (quelconque) insérée dans le contrat de vente ou de crédit-bail suffit. Elle sera écrite (règle de forme : art. 2268 c. civ.) et opposable aux tiers, en suivant le régime de l'objet vendu (contrat donnant lieu à publicité ou non).

Les créanciers économiquement utiles sont alors protégés : sur le bien dont ils financent l'acquisition (assiette spéciale portant sur un bien présent), ils exerceront une action en revendication en cas d'impayé.

II/ Les effets de la propriété réservée

825. Les **effets de la propriété réservée** conduisent à distinguer trois périodes, selon que la condition suspensive est pendante, accomplie ou défaillie.

Tant que la condition suspensive (portant sur le transfert de la propriété) est *pendante*, parce que le débiteur rembourse sa dette, la situation est gelée. Le bien ne peut évidemment pas être saisi par les autres créanciers du débiteur, puisque ce bien est officiellement demeuré propriété du vendeur réservataire.

Lorsque la condition suspensive est *accomplie*, parce que le prix est intégralement payé, la vente est consolidée et produit tous ses effets normaux : l'acquéreur est devenu un propriétaire plénier. La clause de réserve de propriété a disparu, par voie accessoire, lors du paiement de l'obligation qu'elle garantissait.

En cas d'impayé, la condition suspensive est *défaillie*. Le créancier réservataire demandera la résolution du contrat et invoquera deux prérogatives combinées (art. 2371 c. civ.[1]), l'action en revendication (afin de transformer sa propriété en titre en propriété plénière, en raison de la défaillance de la condition suspensive) et l'exception de compensation (entre la valeur des biens repris et le montant des échéances payées).

Les effets de la propriété réservée conduiront à distinguer deux périodes spécifiques, la période de gel pendant le remboursement de la dette (1) et le cas de l'impayé (2).

[1] Art. 2371 c. civ. : « A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer.
« La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie.
« Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence. »

1/ Les effets de la propriété réservée pendant le remboursement : *le gel causé par la condition suspensive pendante*

826. Les **effets de la propriété réservée pendant le remboursement** de la dette permettent au créancier-vendeur de geler la situation, grâce à son titre de propriété opposable aux tiers. L'acquéreur-débiteur ne doit pas vendre le corps certain servant d'assiette ; il doit assumer les risques de perte (et les frais de sa conservation).

La charge des *risques de perte*, dégradation, conservation et gestion du bien vendu pèse sur le débiteur-acquéreur, dès la conclusion de l'acte translatif de propriété. Ce transfert immédiat des risques liés à la perte de la chose à l'acquéreur impose à l'acquéreur (sous peine de déchéance du terme) de souscrire une assurance et plus généralement de gérer le bien[1] : juridiquement, cette charge de conserver le bien est distincte de l'animus proprement dit (puisque, évidemment, le débiteur-acquéreur ne peut pas aliéner les biens dont il n'est pas propriétaire). Ce régime signale que le vendeur, propriétaire en titre, n'exerce pas toutes les prérogatives normalement attachées à sa propriété : la propriété en titre, pendant le remboursement, est une propriété relativement virtuelle, puisque le propriétaire en titre ne dispose ni de l'usus, ni de l'abusus, du moins à titre autonome sur ce bien.

Conformément au droit commun (régime général des obligations), le créancier réservataire peut, en tant que créancier, *céder sa créance* pendant le remboursement de la dette. Le cessionnaire[2] devient alors propriétaire (en titre) des biens vendus : c'est le régime de l'obligation réelle, admis en jurisprudence[3] et consacré à l'article 2367 al. 2 c. civ.[4] (supra, n°809).

Pendant que la condition suspensive de paiement du prix est pendante, le vendeur réservataire bénéficie du *gel de la situation*. En tant que propriétaire en titre, aucun créancier de son débiteur ne peut saisir les biens vendus, puisqu'ils ne sont pas entrés dans le patrimoine de ce dernier. Le vendeur réservataire bénéficie donc d'une situation nettement plus avantageuse que le vendeur de meubles, et relativement analogue à celle

[1] L'acquéreur devra exercer les actions en garantie, interrompre les prescriptions en cours et plus généralement exercer toute voie de droit de nature à conserver le bien.

[2] P. Simler et P. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 2e éd., 1995, n°608, p. 501 : « Aujourd'hui, le titulaire de la clause de réserve de propriété n'est plus nécessairement le vendeur », mais le banquier à qui le vendeur a cédé (à titre accessoire) sa garantie.

[3] Com., 15 mars 1988, n°85-18.623, Bull. n°106 ; D. 1988 p. 330, note F. Pérochon ; RTD civ. 1988.791, obs. Monique Bandrac : (abstrat) « La subrogation conventionnelle a pour effet d'investir le subrogé, non seulement de la réance primitive, mais aussi de tous les avantages et accessoires de celle-ci ; il en est ainsi de la réserve de propriété, assortissant la créance du prix de vente et affectée à son service exclusif pour en garantir le paiement ».

[4] Art. 2367 al. 2 c. civ. : « La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »

du gagiste-nanti (lequel gèle également à son profit exclusif l'assiette des biens gagés ou nantis).

(827- à 829. : réservés)

2/ Les effets de la propriété réservée en cas de défaillance : *l'action en revendication*

830. Les **effets de la propriété réservée en cas de défaillance du débiteur** n'octroient au créancier réservataire un droit prioritaire au paiement, c-à-d. une sûreté réelle, que lorsque le créancier réservataire impayé exerce l'action en revendication combinée avec la compensation, laquelle produit des effets spécifiques, qui apparaissent en les comparant avec l'application du droit commun.

En *droit du contrat,* le créancier impayé dispose de quatre options (art. 1217 c. civ.) quand il est confronté à une inexécution imputable au débiteur. Parmi ces quatre options, deux retiennent l'attention, les dommages-intérêts et la résolution.

- S'il réclame des dommages-intérêts (art. 1231-1 et suiv. c. civ.), le créancier agit en tant que créancier chirographaire. Il a vendu un bien (80€), le débiteur a payé partiellement (60€) : le créancier impayé réclame le montant restant dû (20€), accru des intérêts à compter de la mise en demeure[1].
- S'il réclame la résolution (art. 1224 et suiv. c. civ.[2]), le créancier réservataire obtient la destruction rétroactive du contrat : le vendeur est censé n'avoir jamais vendu ; l'acquéreur est censé n'avoir jamais acheté. La rétroactivité ne traite que des décisions des parties (actes juridiques) ; les faits juridiques (à savoir les restitutions) sont traités en régime général des obligations.

En régime général des obligations, le *régime des restitutions* (art. 1352 et suiv. c. civ.[3]) précise les modalités et le montant qu'obtient l'appauvri de la part de l'enrichi, lorsqu'une prestation a été transférée sans titre.

[1] *Droit du contrat*, n°940 ; Droit de la responsabilité civile, n°

[2] Art. 1224 c. civ. : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. » Voir : *Droit du contrat*, n°916 et suiv.

[3] Art. 1352 c. civ. : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. »

– L'enrichi d'un corps certain restitue le bien en nature (dans un état usagé), mais il doit un quasi-loyer[4]. L'enrichi de bonne foi d'une somme d'argent est dans la situation d'un quasi-emprunteur : il ne doit les intérêts qu'un an après la demande de restitution[5].

– Si la résolution a lieu quelques temps après la conclusion du contrat, l'acquéreur obtiendrait restitution du prix partiellement payé (60€) à compenser avec le quasi-loyer (dont le montant est aléatoire : nul en présence d'une chose de genre) et il restituerait au vendeur le bien vendu (en nature), donc usagé (70€). Le vendeur était impayé de 20 ; le montant inconnu du quasi-loyer produit un résultat inapproprié.

Pour le vendeur réservataire, le résultat approprié consistera à mieux choisir les obligations donnant lieu à compensation (en évitant de prendre en compte la durée de la jouissance prise en compte en présence d'une restittuion, à savoir le quasi-loyer ou les intérêts en présence d'une obligation de somme d'argent).

– Le vendeur est un créancier impayé de 20€ (valeur du bien neuf déduction du montant payé par l'acquéreur) ; il reprend un bien usagé (70€) et c'est cette valeur qui sera prise en compte. Le vendeur réservataire cherchera à compenser entre le montant de l'impayé et la valeur du bien usagé.

– La soulte qu'il versera correspondra à la valeur du bien qu'il reprend (et qu'il peut revendre), déduction faite des sommes que le débiteur lui devait. C'est un mécanisme similaire à l'attribution judiciaire, et non pas à la résolution.

Le régime de l'action en revendication, prévu à l'article 2371 c. civ., ressemble donc de loin à ce qu'enseigne le droit commun (droit des biens, pour la revendication ; droit du contrat, pour l'inexécution ; régime général de obligation, pour les restitutions) : mais, en droit des sûretés réelles, l'objectif est d'obtenir un droit au paiement efficace. Pour obtenir ce résultat, deux prérogatives combinées (l'action en revendication et la compensation) verront leur régime précisé à l'article 2371 c. civ., en présence d'un bien resté en possession du débiteur (a). Si, pour une raison ou une autre, les biens ne sont plus en possession du débiteur, le créancier disposera, à certaines conditions, d'une action directe-sûreté (b).

a/ L'action en revendication*: les biens en possession du débiteur*

[4] *Régime général de l'obligation*, n°547

[5] *Régime général de l'obligation*, n°553 : l'enrichi devient de mauvaise foi à compter de la demande de resittution ; il doit l'intérêt légal après un an (art. 1343-2 c. civ. : « Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, (...) »).

831. L'**action en revendication**, technique juridique qui sert de justification à l'assimilation du créancier au propriétaire, est admise aussi bien en droit civil et reçue en droit des procédures collectives. Selon l'article 2371 c. civ.[1], « A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer. » En droit civil (des biens, du contrat et en régime général des obligations), l'action en revendication serait la conséquence de la résolution ; mais, combinée avec la compensation, elle garantira un paiement intégral.

En *droit des biens*, l'action en revendication (lorsque le tribunal se prononce sur l'identité du propriétaire) ou l'action en restitution (lorsque l'identité du propriétaire n'est pas discutée) permet au créancier réservataire de récupérer sa chose. *Il redevient propriétaire plénier.*

– L'action en revendication suggère qu'une chose se trouve fortuitement en possession d'un tiers (possesseur a non domino), lequel devra donc rendre le bien qui appartient à autrui. Techniquement, la revendication est similaire à la saisie : elle a lieu en première phase de l'exécution forcée.

– En obtenant la restitution, le créancier réservataire obtient une possession conforme à son titre de propriété : cette propriété est redevenue une propriété plénière. L'article 2371 al. 1er c. civ. l'affirme explicitement : « A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer. » Le droit de disposer (abusus) signifie que le créancier réservataire, désormais propriétaire plénier, peut revendre le bien.

– L'action en revendication, en droit commun, est la conséquence de la résolution (imposant les restitutions). Or, le contrat conclu entre le vendeur réservataire et l'acquéreur est maintenu : le vendeur réservataire est avant tout un créancier impayé ; pour obtenir une indemnisation, il faut que la vente reste valide. Si l'action en revendication était véritablement exercée, le vendeur réservataire agirait en tant que propriétaire, pour récupérer sa chose, mais en restituant le prix versé (que le réservataire veut toutefois conserver).

[1] Art. 2371 c. civ. : « A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer.
« La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie.
« Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence. »

Une variante est prévue en présence de choses fongibles stockées (marchandises livrées) (art. 2369 c. civ.[1]). Les différents réservataires impayés prélèvent en nature sur le stock du débiteur ; si le stock est insuffisant, ils prélèvent selon une règle proportionnelle (Com., 29 nov. 2016[2]), ce qui permet de régler un conflit spécifique entre créanciers réservataires.

En *régime général des obligations*, le régime des restitutions impose à chaque enrichi de restituer ce que l'autre (appauvri) lui a versé. Effectivement, l'acquéreur devra rendre le bien (en l'état : usagé) ; le vendeur réservataire devra rendre, en revanche, non pas le prix versé, mais la différence entre la valeur du bien (usagé) et le montant que lui devait le débiteur.

– Selon l'article 2371 al. 2 c. civ., « La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie. » La compensation a lieu entre d'une part « le solde la créance garantie » et « la valeur du bien repris ». Les termes de la comparaison ne sont pas neutres : le « solde de la créance garantie » induit que la vente reste valide et que le créancier réclame une indemnisation (à savoir : le solde de la créance impayée) ; le bien est repris en nature (comme en présence d'une résolution), mais sa valeur est calculée en tenant de son usure.

– Si le vendeur réservataire a vendu (80€) un bien qui en vaut actuellement 70€, la valeur du bien repris (70€) est déduite du montant du solde de la créance garantie (20€, en supposant que l'acquéreur a payé 60€). Le prix partiellement payé au vendeur réservataire lui reste (définitivement) acquis. En réalité, il y a reprise (« revendication ») et compensation : mais la reprise n'est pas une résolution et la compensation a pour objectif de valider le montant de l'impayé (dû par le débiteur).

On sait que la compensation, mode de paiement simplifié en régime général des obligations, est utilisée en droit des sûretés dans sa fonction dérivée : elle permet au créancier de compenser intégralement entre le montant de sa créance et la

[1] Art. 2369 c. civ. : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. »

[2] Com., 29 novembre 2016, n°15-12.350, Bull. ; D. 2016, somm., p. 2462, obs Alain Lienhard ; Gaz. Pal. 2017, n°2, p. 75, note Emmanuelle Le Corre-Broly ; AJ Contrat 2017.90, obs. N. Kilgus ; Rev. sociétés 2017. 180, obs. P. Roussel Galle ; RTD civ. 2017.200, obs. P. Crocq ; RTD com. 2017.192, obs. A. Martin-Serf ; Dr. et patr. mai 2017. 95, obs. A. Aynès ; RDC 2017. 333, obs. F. Danos ; JCP G 2017.511, n°23, obs. P. Delebecque ; Act. proc. coll. 2017. 19, obs. F. Pérochon ; JCP E 2017.1164, n°12, obs. P. Pétel ; E. Le Corre-Broly, *La revendication de biens fongibles : mode d'emploi*, Gaz. Pal. 10 janv. 2017, p. 49 : « Lorsque plusieurs vendeurs avec réserve de propriété revendiquent les mêmes biens, dans le délai légal, ceux-ci doivent leur être restitués à proportion de la quantité livrée par chacun d'eux et restant impayée à la date du jugement d'ouverture. »

valeur d'un bien, afin de transférer la charge de la pénurie sur les autres créanciers. La compensation est similaire au paiement du prix par le tiers-acquéreur (3ème phase de l'exécution forcée).

Une variante est prévue en présence d'un bien fongible : le vendeur réservataire ne récupère en nature que la valeur qui lui est due, correspondant à une fraction du bien fongible possédé par l'acquéreur (art. 2369 c. civ.[1]). Aucune soulte n'aura donc à être versée.

La soulte que verse le vendeur réservataire (après compensation) correspond au versement du prix par le tiers-acquéreur (3ème phase de l'exécution forcée). La solution est prévue à l'article 2371 al. 3 c. civ.[2] : « Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence. » Cette soulte (qui doit probablement pouvoir être saisie par les créanciers bénéficiant d'une action directe-sûreté) a vocation à être répartie (en 4ème phase) entre les créanciers, en fonction du classement de leur droit de préférence.

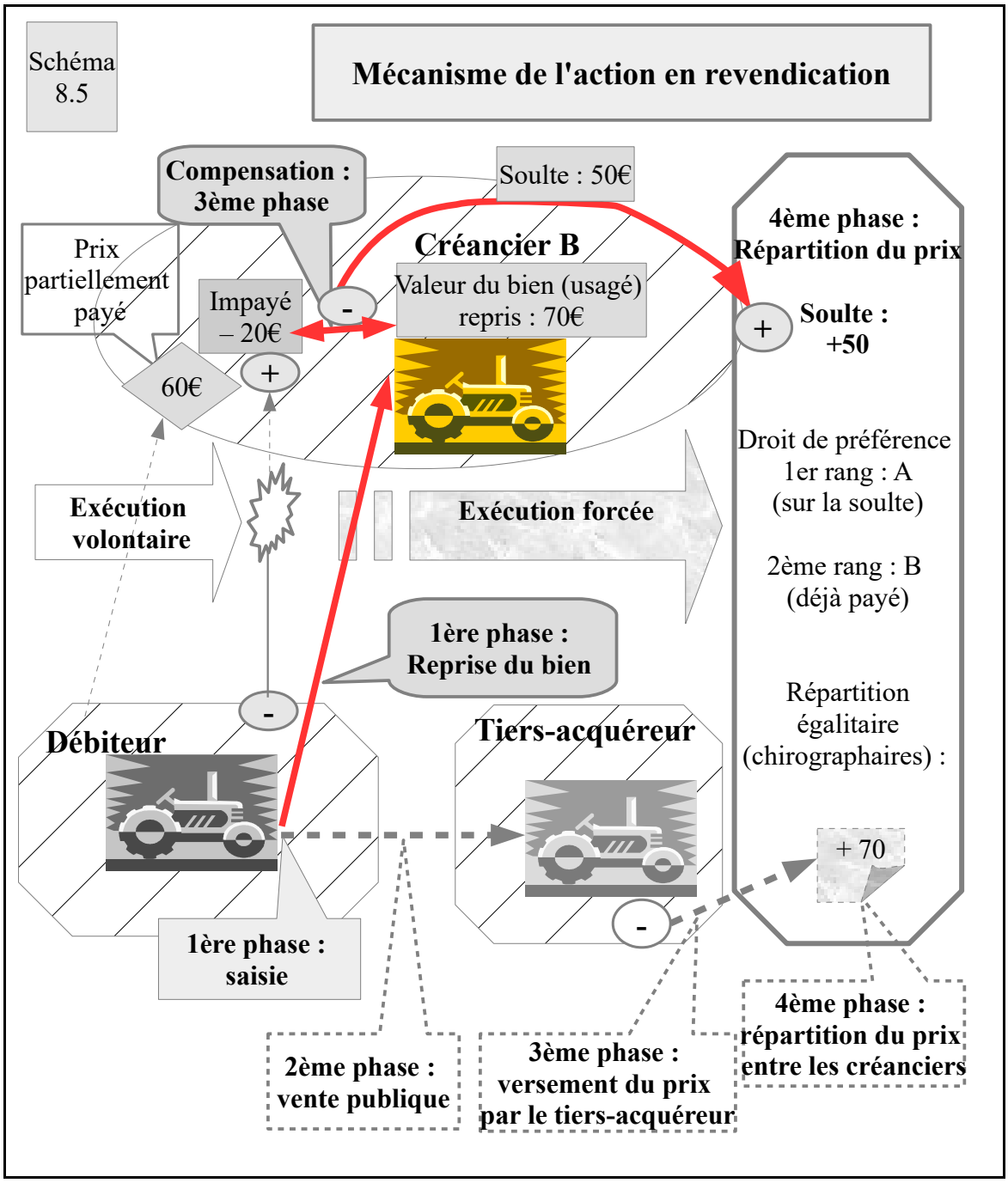
Le créancier réservataire bénéficie ainsi d'une restitution en nature (du bien) combinée à la compensation (solde entre la fraction de prix versé par l'acquéreur et la valeur du bien repris), ce qui permet au réservataire de bénéficier d'un *droit au paiement* (schéma 8.5).

– Le vendeur réservataire reprend sa chose, en tant que propriétaire : mais il ne réclame pas la résolution du contrat, parce que, en tant que créancier, il veut obtenir l'indemnisation. Le réservataire est davantage un créancier qu'un propriétaire.

– Ce créancier a réussi à transférer le risque de pénurie sur les autres créanciers, grâce à la compensation.

[1] Art. 2369 c. civ. : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. »

[2] Art. 2371 al. 3 c. civ. : « Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence. »



832. La jurisprudence exige que le débiteur défaillant puisse **proposer le revente amiable du bien**, acquis sous propriété réservée. Une clause contractuelle interdisant cette faculté au débiteur est abusive, au sens des articles 1171 c. civ.[1] et L 212-1 c. conso.[2] (avis cour de

[1] Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.
« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » Voir, *Droit du contrat*, n°535 et suiv.
[2] Art. L 212-1 c. conso. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.
« Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui

cassation, 28 nov. 2016[1]). La règle permet au débiteur défaillant de trouver un acquéreur à meilleur prix, notamment dans les ventes immobilières. En effet, une vente aux enchères publiques procure fréquemment un prix notablement plus faible qu'une vente réalisée de gré à gré.

La solution est opportune. Certes, officiellement, le réservataire est le seul propriétaire en titre du bien. Le débiteur défaillant, juridiquement détenteur précaire, n'aurait aucune qualité pour intervenir dans la vente d'un bien dont il n'est pas propriétaire. Mais le vendeur réservataire est davantage un créancier qu'un propriétaire : c'est la raison pour laquelle il évite soigneusement d'invoquer la résolution.

833. En **droit des procédures collectives**, l'action en revendication et la compensation des créances connexes[2] sont toutes deux admises et réglementées. La propriété réservée est dotée d'un déclencheur précoce (sûreté de 1ère phase), ce qui permet au vendeur réservataire de bénéficier d'un surclassement par rapport au vendeur (de meubles).

En présence d'un débiteur professionnel soumis à procédure collective, l'action en revendication du créancier doit être exercée *dans les trois mois de l'ouverture de la procédure* (art. L. 624-9 c. com.[3]), tout comme l'action en restitution, en présence d'un contrat publié, (art. L 624-10 c. com.[4]). À défaut de revendication dans le délai, la propriété du réservataire sera inopposable à la faillite : le bien intègre le droit de gage général des autres créanciers (Com., 3 avril 2019[5]).

---

entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution.

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

« Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.

« Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

« Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. »

[1] Avis cour de cassation, 28 novembre 2016, n°16-70.009 : « 3°/ Doit être réputée non écrite comme abusive, (...) la clause (…) ne prévoyant pas, en cas de revente par le prêteur du bien financé grevé d'une réserve de propriété, la possibilité pour l'emprunteur de présenter lui-même un acheteur faisant une offre. »

[2] Art. L 621-24 al. 1er c. com. : « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction ne fait pas obstacle au paiement par compensation de créances connexes ».

[3] Titre II : *De la sauvegarde* ; chapitre IV : *De la détermination du patrimoine du débiteur* ; section 3 : *Des droits du vendeur de meubles, des revendications et des restitutions*. Art. L 624-9 c. com. : « La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure. » ;

[4] Art. L 624-10 c. com. : « Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

[5] Com., 3 avril 2019, n°18-11.247, Bull. ; D. 2019, somm., p. 758 : (abstrat) « La sanction de l'absence de revendication par le propriétaire d'un bien dans le délai prévu par l'article L. 624-9 du code de commerce ne consiste pas à transférer ce bien non revendiqué dans le patrimoine du débiteur mais à rendre le droit de propriété sur ce bien inopposable à la procédure collective, ce qui a pour effet d'affecter le bien au gage commun des créanciers, permettant ainsi, en tant que de besoin, sa réalisation au profit de leur collectivité ou son utilisation en vue du redressement de l'entreprise, afin d'assurer la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. »

Exercée en temps utile, l'action en revendication est dotée d'un biais légal précoce : le créancier réservataire court-circuite la procédure normale dès son ouverture, ce qui est un avantage par rapport au créancier gagiste ou nanti (qui doit attendre les opérations de liquidation pour réclamer l'attribution judiciaire). Le déclencheur agit en 1ère phase : l'action en revendication, destinée à obtenir la possession du bien, est analogue à la saisie du bien.

La *restitution effective* du bien marquera ensuite le moment auquel le créancier réservataire quittera la procédure de paiement forcé, grâce à son biais légal. Selon l'article 610-1 c. com.[1], la restitution doit intervenir dès la résiliation du contrat en cours.

– En cas de crédit-bail, l'acquéreur (crédit-preneur) doit verser son « loyer » comme un locataire ; le défaut de paiement entraînant la résolution, la mise en possession du créancier réservataire sera précoce.

– Un seul moyen permet de faire obstacle à la remise en possession du créancier réservataire : c'est le paiement immédiat (infra), que le juge-commissaire doit autoriser (art. L 624-16 al. 4 c. com.[2]), et qui supprime du même coup l'impayé.

Le créancier réservataire quitte donc rapidement la procédure collective, peu de temps après son ouverture. Et dès qu'il redevient propriétaire plénier, il obtient un paiement intégral grâce à la compensation.

Le *paiement par compensation des créances connexes* est prévu en droit des procédures collectives (art. L 622-7 I c. com.[3]). Le créancier réservataire, débiteur du prix représentant la valeur du bien (usagé) qu'il reprend, opposera la compensation avec la somme que lui doit le débiteur (sachant que cette somme est elle-même le résultat d'une compensation entre le montant du prix déjà payé par l'acquéreur et que doit restituer le créancier réservataire et le prix convenu : supra n°831). Grâce à la compensation, le vendeur réservataire est alors assuré d'obtenir un paiement intégral : il échappe au concours avec les autres créanciers, puisque la compensation s'effectue en remplacement du versement du prix (3ème phase d'exécution forcée : supra).

En droit des procédures collectives, le créancier réservataire a donc obtenu un déclencheur précoce. Dès qu'il obtient la restitution effective, il quitte la procédure collective. La situation est soldée (par compensation), sans avoir à attendre les opérations de liquidation. À bien des égards, le créancier réservataire apparaît comme un créancier hors faillite (ce qu'il sera, grâce au droit au paiement immédiat : infra). Mais la protection du vendeur réservataire n'est pas

[1] Art. L 624-10-1 c. com. : « Lorsque le droit à restitution a été reconnu dans les conditions prévues aux articles L. 624-9 ou L. 624-10 et que le bien fait l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure, la restitution effective intervient au jour de la résiliation ou du terme du contrat. »

[2] Art. L 624-16 al. 4 c. com. : « Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17. »

[3] Art. L 622-7 c. com. : « I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. »

systématique : il doit déclarer sa créance au passif, revendiquer dans les trois mois de l'ouverture de la procédure et la possession exercée par le débiteur a pu se perdre.

834. L'**efficacité de la propriété réservée**, en droit civil comme en droit des procédures collectives, est donc certaine. Elle permet au créancier réservataire, créancier économiquement utile, d'obtenir un surclassement.

Le *surclassement du créancier réservataire* illustre le mécanisme d'inflation des sûretés. Il s'agissait pour le fournisseur de revaloriser sa position, en tant que créancier économiquement utile, par rapport à ses concurrents, à savoir notamment les créanciers économiquement prévoyants. Techniquement, le créancier réservataire est dans la situation du vendeur de meubles (ou d'immeuble) : ni l'un, ni l'autre ne peuvent hésiter entre un paiement immédiat et un paiement différé sécurisé. Mais l'un sera assimilé à un propriétaire (grâce à l'action en revendication), tandis que l'autre restera assimilé à un créancier (privilégié). Cette revalorisation du créancier réservataire répond à une nécessité économique : il était devenu impératif pour lui de *surclasser* tous les autres créanciers, et spécialement le gagiste, créancier économiquement prévoyant, lorsque ce dernier dispose d'une assiette élargie aux meubles futurs, à savoir même ceux qui ont été financés par un vendeur impayé.

La grande faiblesse de la clause de réserve de propriété réside dans l'application de l'article 2276 c. civ.[1]. Dépourvu de droit de suite, le créancier réservataire ne peut plus revendiquer lorsque son débiteur n'est plus en possession du bien. Mais il bénéficiera éventuellement d'une action directe-sûreté.

835. La **disparition du bien** (perdu, détruit, vendu à un tiers ou incorporé dans un autre bien[2]) signifie que l'assiette est perdue. En droit des biens, il faut distinguer selon le type de bien, pour savoir si l'action en revendication est admise, paralysée ou inutile.

En présence d'un *meuble corporel* (art. 2276 et 2277 c. civ.), l'action en revendication est admise contre le tiers en cas de perte ou vol (art. 2276 al. 2 c. civ.[3]) : possesseur de mauvaise foi, le tiers doit restituer au créancier réservataire.

[1] Art. 2276 c. civ. (loi n°2008-561 du 17 juin 2008) : « En fait de meubles, la possession vaut titre.
« Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. ».

[2] Art. 2370 c. civ. : « L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage. » Supra, n°813.

[3] Art. 2276 al. 2 c. civ. : « Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. ».

– Lorsque le bien a été revendu par le débiteur à un tiers-acquéreur de bonne foi, l'action en revendication exercée par le créancier réservataire (verus dominus) est admise mais inutile : en effet, le créancier réservataire (verus dominus) doit rembourser au tiers-acquéreur de bonne foi le prix que ce dernier a versé (art. 2277 c. civ.[1]).

– Lorsque le meuble corporel est placé dans un local loué, le bailleur peut opposer sa possession exercée de bonne foi (art. 2276 al. 1er c. civ.) : il opposera son droit de rétention exercé sur les meubles garnissant le local loué, pour faire échec à l'action en revendication du créancier réservataire.

En présence d'un meuble corporel, le créancier réservataire est souvent confronté à une revente, et donc à possesseur de bonne foi : l'action en revendication ne présente alors que rarement un intérêt économique, quand il faut au préalable payer le prix versé par le tiers-acquéreur.

En présence d'un *bien fongible*, soumis au régime du quasi-usufruit, l'action en revendication du créancier réservataire est normalement systématiquement perdue, dès la livraison ou dès que le débiteur perd ou aliène son stock. L'acquéreur-débiteur est alors propriétaire plénier : il peut vendre, même si la convention lui fait obligation de conserver un stock suffisant (sous peine de déchéance du terme). L'action en revendication ne sera exercée que si le débiteur a conservé en stock une marchandise pareille (sauf en cas de versement de monnaie). Le régime du quasi-usufruit explique l'exclusion de l'action en revendication.

En revanche, en présence d'un *bien immeuble ou d'un meuble dont aliénation est soumise à publicité* (fonds de commerce, meuble immatriculé …), la perte du bien correspond à des hypothèses plus marginales. On sait que le créancier réservataire bénéficie alors d'une protection analogue au droit de suite. C'est la conséquence de l'opposabilité de son droit de propriété : les tiers sont alors tenus de s'informer sur le milieu juridique applicable au bien.

En somme, lorsque l'assiette est perdue, souvent à la suite d'une revente, le créancier réservataire perd fréquemment tout intérêt à exercer une action en revendication : il lui faudrait préalablement rembourser au tiers-acquéreur le prix payé par ce dernier, en cas de revente du meuble corporel par le débiteur. Le créancier réservataire redevient alors un créancier chirographaire, sauf exception.

b/ L'action directe-sûreté : *la disparition du meuble corporel*

836. L'**action directe-sûreté** (type prélèvement à la source, supra n°752) est exercée par créancier réservataire lorsqu'il a perdu son assiette à la suite de la disparition de son bien, meuble corporel. Le créancier réservataire dispose alors du *report* désormais

[1] Art. 2277 c. civ. : « Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.
« Le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2332, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté. »

prévu par une disposition générale à l'article 2372 c. civ.[1] (« Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien. »). Ce report permet au créancier réservataire de revendiquer un paiement de la part d'un tiers, dans deux cas de figure :

Le créancier réservataire peut *revendiquer le prix de revente au sous-acquéreur*[2]. Dans ce cas, l'acquéreur-débiteur a revendu le meuble corporel, mais le tiers-acquéreur n'a pas encore versé le prix.

- La solution est explicitement prévue à l'article 2372 c. civ., en droit civil.
- Elle est également réglementée en droit des procédures collectives (art. L 624-18 c. com.[3]).
- En droit des voies d'exécution forcée, l'action en distraction[4] permet au créancier réservataire de réclamer directement au tiers-acquéreur le prix de vente, lorsque le bien est vendu par erreur aux enchères publiques : c'est une variété de revendication du prix de revente.

Le créancier réservataire peut également *revendiquer l'indemnité d'assurance*, lorsque les biens détruits sont assurés (la charge de l'assurance incombant au débiteur). Le créancier réservataire dispose alors d'une action directe contre l'assureur, solution prévue à la fois par l'article 2372 c. civ. et par l'article L 121-13 c. assu.[5]. La jurisprudence avait admis depuis longtemps ce type d'action directe (Com., 1er oct. 1985[6]).

Grâce à ce report, le créancier réservataire effectue un *prélèvement à la source*, afin d'échapper au paiement égalitaire imposé à l'ensemble des créanciers de son débiteur.

---

[1] Art. 2372 c. civ. : « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien. »

[2] Com., 6 oct. 2009, n°08-15.048, Bull. n°122 : « L'action en paiement exercée par le vendeur initial à l'encontre d'un sous-acquéreur de biens vendus avec clause de réserve de propriété s'analyse en une action personnelle et non en une action réelle ». L'action directe exercée par le vendeur réservataire est soumise à la déclaration de créances (lorsque le sous-acquéreur est en procédure collective).

[3] Art. L 624-18 c. com. (loi 26 juillet 2005) (anc. art. L 621-124 c. com.) : « Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure [de sauvegarde] ». Voir : Com., 3 nov. 2015, n°13-26.811, Bull. ; RLDC 2016/133, n°6086.

[4] En outre, lorsque les marchandises ont fait l'objet d'une vente forcée (à la suite d'une erreur, le liquidateur croyant le débiteur professionnel propriétaire), le vendeur réservataire exerce l'action en distraction, sûreté de 3ème phase, qui lui permet d'obtenir paiement, lorsque le tiers-acquéreur s'acquitte du prix. Voir : Civ. 2e, 8 avril 2004, n°02-16842, Bull. n°188 : « Le tiers reconnu propriétaire d'un bien vendu à la suite d'une saisie-vente est, en vertu de l'article 129, alinéa 2, du décret du 31 juillet 1992, recevable à demander au juge de l'exécution, tant que la distribution du produit de la vente n'a pas été réalisée, d'en distraire le prix ».

[5] Art. 121-13 al. 4 c. ass. : « En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaire, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme. »

[6] Com., 1er oct. 1985, n°84-12.015, Bull. n°222 ; D. 1986.246, note Michel Cabrillac.

– Techniquement, il compense entre le montant du prix versé par le tiers et le montant de la dette que le débiteur lui doit encore : cette action directe-sûreté est déclenchée en troisième phase, lors du versement du prix (prix de revente, indemnité d'assurance).

– Si le montant versé par le tiers excède le montant de la dette, la fraction excédentaire est attribuée (4ème phase) aux autres créanciers. Dans le cas inverse, le créancier réservataire produit au passif, en tant que créancier chirographaire, pour le montant résiduel de sa créance impayée (solution peu fréquente, puisque la valeur de sa sûreté est normalement supérieure au montant de l'impayé : le créancier réservataire est un créancier économiquement utile).

836-1. L'**action directe en revendication du prix de revente**, exercée par le vendeur réservataire envers le sous-acquéreur donne lieu à une jurisprudence étrange : selon Com., 5 juin 2007[1], le vendeur réservataire ne peut se voir opposer l'exception d'inexécution dont dispose le sous-acquéreur envers le vendeur intermédiaire. L'inopposabilité des exceptions, telle qu'elle résulte de Com., 5 juin 2007, transforme l'action directe-sûreté en un mécanisme proche de la garantie autonome : la revendication du prix de revente impayé est déconnectée de l'obligation qui existe entre le débiteur (vendeur intermédiaire) et le sous-acquéreur.

Conclusion II/ Les effets de la propriété réservée

837. Les **effets de la propriété réservée** permettent donc fréquemment au créancier réservataire d'obtenir un paiement intégral, grâce à la combinaison entre deux techniques, l'une issue du droit des biens (action en revendication), l'autre issue du régime général des obligations (la compensation).

L'*action en revendication* permet au créancier réservataire d'être assimilé à un propriétaire.

– L'assimilation au propriétaire procure trois avantages : le gel de l'assiette, pendant le remboursement de la dette ; en cas d'impayé, un déclencheur précoce, qui opère dès la phase de saisie et l'absence de conflit avec les autres créanciers (puisqu'il n'existe qu'un seul propriétaire par bien). L'assimilation au propriétaire procure donc des avantages substantiels ;

[1] Com., 5 juin 2007, n°05-21.349 ; Bull. n°152 : (abstrat) « Lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport, dans le patrimoine du vendeur initial, du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur, sans que le sous-acquéreur puisse opposer, au vendeur initial revendiquant à son encontre la créance de prix impayé, les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre son propre vendeur. »

– Mais cette assimilation reste partielle : le créancier réservataire n'invoque pas la résolution du contrat, qui serait la contrepartie de l'action en restitution. Il revendique, afin d'obtenir un paiement complet du prix qui lui reste dû.

La *compensation* entre la valeur du bien repris et le montant de la dette impayée s'effectue en troisième phase ; en présence d'une action directe-sûreté, le créancier obtient un prélèvement à la source du montant qui lui reste dû sur le prix de revente.

– À ce moment, le créancier réservataire quitte définitivement la procédure collective imposée à l'ensemble des créanciers : il a obtenu son surclassement

– La soulte sera versée pour répartition (4ème phase).

Le vendeur réservataire est donc payé bien avant le vendeur de meubles, avec son privilège (droit de préférence). C'était l'objectif même de cette garantie réelle.

(838- à 848. : réservés)

Conclusion §1er/ La propriété réservée

849. L'**efficacité de la propriété réservée** est donc très correcte, aussi bien en droit civil qu'en droit des procédures collectives. La seule condition posée est d'être en présence d'un créancier économiquement utile.

Le fournisseur, créancier économiquement utile, bénéficie, grâce à une simple clause rédigée dans un contrat (translatif de propriété), d'une protection puissante grâce à laquelle il ne sera pas traité comme un créancier, mais assimilé à un propriétaire.

– Cette assimilation est factice : la restitution ne s'explique pas par la résolution du contrat de vente ou de crédit-bail ; le créancier réservataire compense entre l'indemnisation et la valeur résiduelle du bien.

– L'objectif du créancier est de récupérer un actif (encore présent) ou sa valeur (technique du report : action directe-sûreté), en prétendant être propriétaire.

L'objectif réel du créancier est d'obtenir un paiement intégral, ce que permet spécifiquement la compensation, invoquée, en droit des sûretés, lors de l'exécution forcée. Le créancier réservataire quitte rapidement la procédure d'exécution forcée applicable à l'ensemble des autres créanciers.

– Ce résultat s'explique par l'inflation des sûretés réelles. Économiquement, l'opération est une vente classique : mais le vendeur de

meubles, avec son simple droit de préférence, dispose de chances de paiements réduites.

– La revalorisation permet d'échapper au surclassement, par d'autres créanciers économiquement prévoyants (le gagiste en premier lieu). Or, précisément, ces mêmes créanciers économiquement prévoyants ont également obtenu, avec la loi du 19 février 2007, une nouvelle revalorisation, avec la fiducie-sûreté.

§2ème/ La fiducie-sûreté *:*
le double transfert de propriété à titre de garantie

850. La **fiducie-sûreté** est une technique par laquelle un créancier (prêteur) devient immédiatement propriétaire en titre de l'actif de son débiteur, afin de garantir le remboursement du crédit octroyé. Pour récupérer sa propriété (en titre), le débiteur devra payer ses dettes. S'il ne le fait pas, le créancier fiduciaire exigera de récupérer la (pleine) propriété de son bien en exerçant une action en revendication. Puis il compensera entre la valeur de l'actif fiduciaire récupéré (et non payé) et le montant de la dette impayée. En combinant action en revendication et compensation (comme avec la propriété réservée), le créancier fiduciaire sera assuré d'obtenir un paiement précoce et intégral.

Validée de façon générale par la loi du 19 février 2007, la fiducie-sûreté trouve exclusivement sa source dans un *contrat* conclu entre une banque (seule bénéficiaire) et son débiteur. À la différence de la propriété réservée, la fiducie-sûreté bénéficiera au créancier économiquement prévoyant : le débiteur transmet le titre de propriété sur des biens qui lui appartiennent déjà. Les créances garanties seront quelconques ; leur montant dépendra des biens (présents ou futurs) que le débiteur peut vendre.

Une fois conclu, le contrat de fiducie-sûreté produira ses effets.

- Pendant le remboursement de la dette, l'actif fiduciaire sera gelé au profit du créancier, seul propriétaire en titre.
- Puis l'opération se dénouera (par compensation : infra) :
  - soit le débiteur aura remboursé son emprunt, et la propriété du créancier fiduciaire n'aura été que temporaire ;

– soit le débiteur se révélera défaillant, et le créancier fiduciaire exercera une action en revendication pour obtenir une propriété plénière sur son actif.

Le contrat (spécial) de fiducie-sûreté se forme (I) simplement et ses effets (II) garantiront au créancier fiduciaire un paiement intégral et précoce, de sorte qu'il figurera parmi les premiers créanciers payés.

(851- à 854. : réservés)

I/ La formation de la fiducie-sûreté : *un contrat spécial relativement banal*

855. La **formation de la fiducie-sûreté** suppose la conclusion d'un contrat (art. 2372-2 c. civ.[1]), lequel doit contenir certaines mentions obligatoires précises exigées à peine de nullité. Ces règles de forme (art. 2018 c. civ.[2]), sont exigées aussi bien pour la validité (1) que pour l'opposabilité de la fiducie-sûreté (2).

855-1. Il a fallu attendre la loi n°2007-211 du 19 février 2007 pour que la fiducie-sûreté (qui coexiste avec la fiducie-gestion[3]) fasse son entrée dans le code civil (art. 2011 et suiv.[4]).

Avant 2007, mis à part quelques textes spéciaux (et notamment la cession Dailly portant sur la cession fiduciaire des créances professionnelles : loi n°81-1 du 2 janvier 1981, infra n°858-1), la fiducie-sûreté était, en général, considérée comme une *fraude à la loi*, destinée à faire échec aux gages spéciaux et au droit de la faillite.

Désormais validée et dotée d'une assiette générale depuis 2007, la fiducie-sûreté a été spécialement réglementée par l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 (art. 2372-1 et suiv. et 2488-1 et suiv. c. civ.). L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 a toiletté le texte.

[1] Art. 2372-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie. »

[2] Art. 2018 c. civ. : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :
1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;
3° L'identité du ou des constituants ;
4° L'identité du ou des fiduciaires ;
5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;
6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition. »

[3] En droit des biens, la fiducie-gestion est destinée à transmettre un patrimoine ou ses revenus à un bénéficiaire en principe autre que le propriétaire initial (constituant), la gestion de ce patrimoine étant assurée par un gérant (fiduciaire).

[4] Art. 2011 c. civ. « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. »

1/ Les conditions de validité du contrat de fiducie-sûreté : *les mentions obligatoires du contrat*

856. Les **conditions de validité du contrat** (spécial) de fiducie-sûreté imposent de respecter des mentions obligatoires, qui sont souvent des règles de forme (et donc sanctionnées par la nullité). En la matière, il faut respecter deux strates de législation figurant à deux endroits différents du code civil.

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 a établi des dispositions centrées sur la conclusion du contrat de fiducie, et figurant aux article 2011 et suiv. c. civ. : les règles de forme sont alors principalement centrées sur la volonté des contractants. Elles s'expliquent d'ailleurs parfois davantage par la logique de la fiducie-gestion que par celle de la fiducie-sûreté.

L'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 a eu spécifiquement pour fonction de réglementer la fiducie-sûreté, en distinguant selon que son assiette est mobilière (art. 2372-1 et suiv. c. civ.) ou immobilière (art. 2488-1 et suiv. c. civ.). Ces dispositions sont centrées sur le contenu du contrat et s'inscrivent sans difficulté dans l'exigence d'un objet suffisamment déterminé (art. 1163 c. civ.[1]).

Les règles exigeant de mentionner l'identité des parties (a) sont donc issues de la loi de 2007 ; et celles ayant objet de préciser le contenu du contrat (b) datent pour l'essentiel de l'ordonnance de 2009.

a/ L'identité des parties au contrat de fiducie-sûreté

857. L**'identité des parties au contrat de fiducie-sûreté** a conduit le législateur à préciser deux détails, dont le premier est en réalité central.

Le *débiteur* est désormais quelconque. Lors de l'adoption de la fiducie, par la loi n°2007-211 du 19 février 2007, le législateur avait limité le domaine de cette sûreté : le débiteur devait être un commerçant (société personne morale[2]), mais cette réserve a été supprimée peu de temps après 2007.

[1] Art. 1163 c. civ. : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. / « Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. / « La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. » *Droit du contrat*, n°407 et suiv.

[2] Anc. art. 2014 c. civ. (abrogé par la loi n°2008-776 du 4 août 2008) : « Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés. »

Le second détail (art. 2018 c. civ.[1]) impose de *mentionner* l'identité des parties, solution qui s'explique bien dans le cadre d'une fiducie-gestion, mais beaucoup plus difficilement dans le cadre d'une fiducie-sûreté. Il faudra donc savoir si le contrat de fiducie-sûreté est strictement personnel, ou bien s'il obéit au régime de l'obligation réelle.

Les parties au contrat de fiducie-sûreté doivent donc être mentionnées, à peine de nullité du contrat, solution dérogatoire en droit du contrat.

858. Le **créancier fiduciaire** est nécessairement une banque (ou assimilée[2]) (art. 2015 al. 1er c. civ.[3])[4]. La justification de cette exigence n'est pas claire.

Le bénéfice de la fiducie-sûreté réservé à certains créanciers économiquement prévoyants (et plus précisément aux banques) est une solution qui peine à convaincre dans le cadre de la fiducie-sûreté. Autant on peut comprendre que la fiducie-gestion soit assurée par un professionnel de la banque ou de l'assurance (ou un mandataire professionnel : avocat), autant on s'explique mal pourquoi un créancier autre ne pourrait pas avoir accès cette technique. Tel que l'article 2015 al. 1er c. civ. est rédigé, un fournisseur ou un salarié (en position de puissance) ne peuvent imposer à leur client ou employeur de garantir l'exécution ponctuelle de sa prestation par un contrat de fiducie-sûreté.

En pratique, les mentions obligatoires exigées à peine de nullité imposeront au créancier fiduciaire de recourir aux services d'un professionnel du droit. Mais il n'est pas certain que cette raison explique le monopole dont bénéficient les banques en la matière.

---

[1] Art. 2018 c. civ. : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :
1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;
3° L'identité du ou des constituants ;
4° L'identité du ou des fiduciaires ;
5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;
6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition. »

[2] Les établissements de crédit perdent progressivement leur monopole. Le bénéfice de la cession-Dailly a été étendue par l'ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 aux sociétés de financement et par l'ordonnance n°2017-1432 du 4 octobre 2017 à certains fonds d'investissement (régis par les art. L 214-143 s. c. mon. fin.) et organismes de titrisation (régis par les art. L. 214-166-1 s. c. mon. fin.). Voir : Pierre Crocq, *Chronique de droit des sûretés septembre 2017-août 2018*, D. 2018, p. 1884.

[3] Art. 2015 c. civ. : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. »

[4] Les avocats, également mentionnés (art. 2015 al. 2 c. civ. : « Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire. »), ne sont pas concernés par la fiducie-sûreté. Ils ne sont concernés que par la fiducie-gestion.

858-1. En droit français (à l'exception du dépôt de garantie), la fiducie-sûreté est une garantie réelle **bénéficiant exclusivement à un établissement de crédit**, qu'il s'agisse de la fiducie-sûreté prévue en droit civil ou des autres fiducies spéciales (cession Dailly portant sur des créances professionnelles[1] ou cession fiduciaire d'obligations financières). Économiquement, la fiducie-sûreté est une opération de crédit, permettant à un débiteur d'obtenir un prêt de trésorerie ou d'effectuer des opération sur le marché, en fournissant la garantie d'un patrimoine fiduciaire.

La *cession fiduciaire Dailly* (autorisée par la loi Dailly n°81-1 du 2 janvier 1981, soit un an après que la clause de réserve de propriété ait été déclarée opposable à la faillite ; art. 313-23 à -34 c. mon. et fin.) permet à un débiteur professionnel d'obtenir un prêt de trésorerie, lorsqu'il obtient un marché (supra, n°801). Pour éviter un déséquilibre entre les flux entrants (paiement des travaux par le client) et sortants (paiement des fournisseurs, des matériaux ...), lorsqu'ils ont des dates différentes, une entreprise souscrit un prêt de trésorerie, quand elle ne dispose pas de la trésorerie nécessaire pour assumer ces charges. Pour se garantir, la banque obtiendra une cession Dailly sur les créances professionnelles : propriétaire en titre des créances professionnelles, le banquier sera soit remboursé par le débiteur (et les créances professionnelles seront rétrocédées), soit payé par les clients cédés (ce qui se produit lorsque ces créances échoient avant le terme du prêt ou en cas de défaillance du débiteur : les sommes récoltées seront immédiatement affectées au remboursement du prêt de trésorerie, par compensation). À titre supplétif de volonté (art. 313-24 al. 2 c. mon. et fin.[2]), le débiteur (cédant) est garant du paiement par les sous-débiteurs (cédés) : il assume le risque d'un défaut de paiement ou d'une annulation du titre[3]. Le contrat de cession Dailly prévoit également que le débiteur doit gérer les créances cédées (en déclarant au passif d'un débiteur cédé). La cession Dailly est donc à la fois une garantie personnelle (solidarité-sûreté) et une garantie réelle (propriété-sûreté).

Lorsqu'une *opération sur le marché boursier* est effectuée, les règles financières déterminant la contrepartie d'une opération d'achat ou de vente donnent lieu à un mécanisme de compensation fonctionnant de manière autonome. Les cessions fiduciaires portant sur les obligations financières ont ainsi vocation à être dénouées de manière simple et rapide, afin que la défaillance d'un opérateur n'ait pas de répercussion en chaîne sur la place financière. Lorsqu'un professionnel (même en faillite) vend ou acquiert des valeurs financières, son cocontractant (en

[1] Voir : Pierre Crocq, *Droit des sûretés septembre 2017 - août 2018*, D. 2018 p. 1884 : l'auteur note que la perte du monopole bancaire conduit à élargir le nombre des cessionnaires dans le cadre de la cession Dailly. À terme, « il est vraisemblable que ce phénomène s'amplifiera à l'avenir et il est dès lors logique que l'actuel avant-projet de réforme du droit des sûretés […] envisage de consacrer la cession de créance de droit commun à titre de garantie. »

[2] Art. L 313-24 c. mon. et fin. : « Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée.
« Sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement. »

[3] Le débiteur (cédant-Dailly) demeure tenu envers le créancier en cas d'annulation du titre cédé : Com., 1er février 2011, n°09-73.000, Bull. ; D. 2011, p. 509, note Xavier Delpech ; RLDC 2011, Actualités, n°4209, note Jean-Jacques Ansault ; Revue Lamy droit des affaires, 2011, n°3323, p. 23-24, note Victoria Mauries, et n°3322, p. 30, note Victoria Mauries. selon lequel « La garantie, à laquelle le cédant est tenu lors du paiement en application de l'article L. 313-24, alinéa 2, du code monétaire et financier, porte non seulement sur la solvabilité du débiteur cédé, mais également sur l'existence de la créance cédée. »

réalité, la chambre de compensation et l'agent de change) devient créancier et débiteur[1] : il n'aura pas besoin de produire sa créance au passif. Les opérations financières seront lissées, et suivront le régime du patrimoine affecté : les opérations sont exclues du régime de la faillite, applicable aux autres créanciers.

859. Les parties (originaires) au contrat doivent également être **mentionnées, à peine de nullité** (art. 2018 3° et 4° c. civ.[2]). Cette règle de forme, qui s'explique en présence d'une fiducie-gestion (pour des motifs essentiellement fiscaux), n'a pas grand sens en présence d'une fiducie-sûreté.

L'exigence, que l'ordonnance de 2021 n'a pas modifiée, impose, lors de la formation du contrat de fiducie de mentionner l'identité des parties. L'identité du constituant (normalement le débiteur) permet de s'assurer qu'il est propriétaire ; l'identité du créancier permet de s'assurer qu'il est une banque (et non pas un créancier quelconque). Ces conditions sont exigées pour une formation valide de la fiducie.

Mais une cession de créance est possible, en cours d'exécution du contrat : le créancier fiduciaire originaire (cédant) transmet alors avec la créance cédée le titre de propriété dont il dispose sur le débiteur. Le régime de l'obligation réelle s'applique, solution explicitement consacrée à l'article 2372-5 al. 2 c. civ.[3] : le créancier fiduciaire (cédant) peut donc effectuer une cession de créance, en informant le débiteur (cédé)[4], l'actif fiduciaire étant alors transféré au cessionnaire (art. 1326 al. 1er c. civ.[5]). Un cessionnaire, qui ne sera pas nécessairement une banque, peut donc devenir créancier fiduciaire (résultat curieux au regard de ce qu'exige l'article 2015 : supra)[6] (schéma 8.6).

---

[1] Le mécanisme de vente et d'achat, très complexe, s'opère dans une chambre de compensation : vendeur de titres financiers, la chambre de compensation sert de contre-partie, et devient donc créancière de la livraison des titres.

[2] Art. 2018 c. civ. : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : [...]
3°L'identité du ou des constituants ;
4°L'identité du ou des fiduciaires ; [...] »

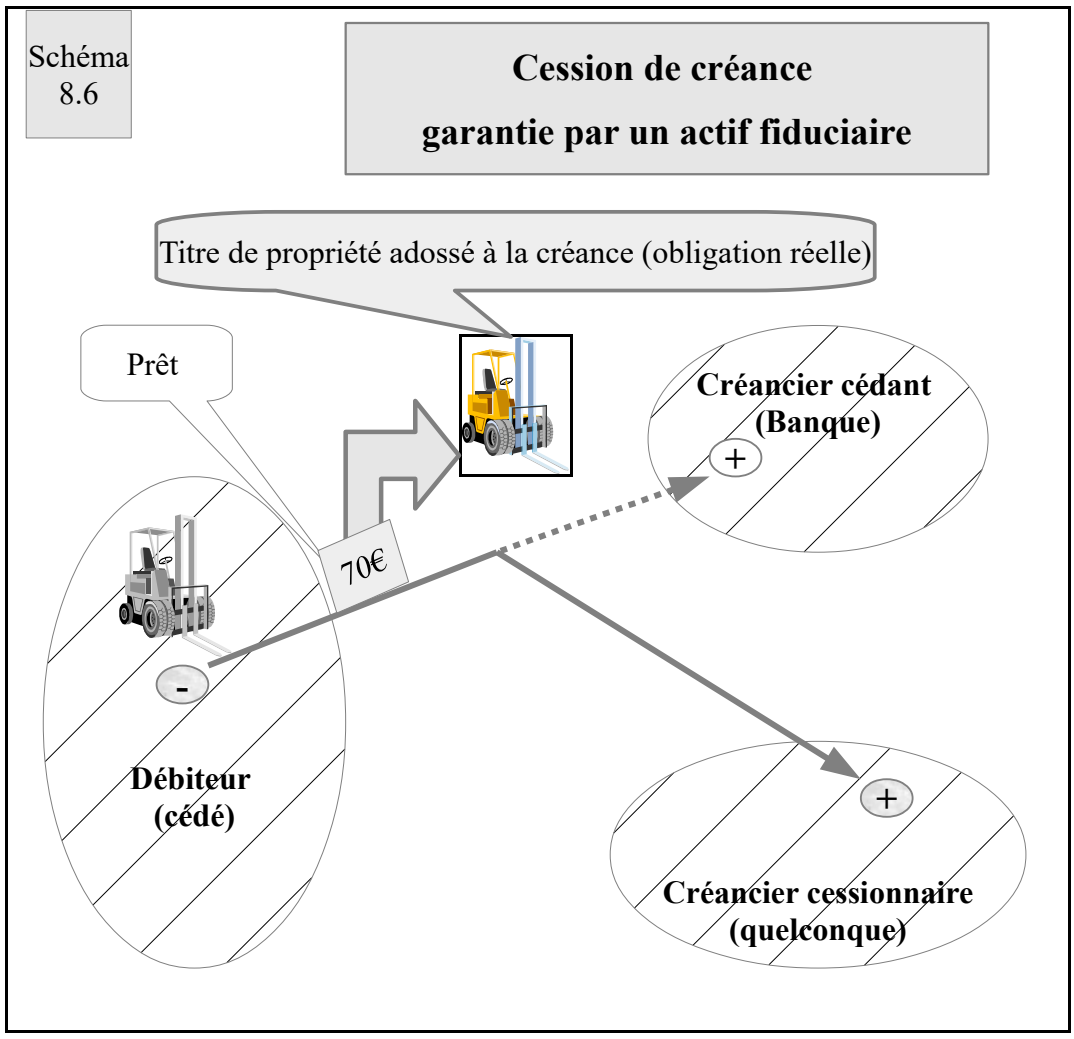
[3] Art. 2372-5 c. civ. : « La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.
« Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.
« A peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers.
« Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite. »

[4] Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. » Voir : *Régime général des obligations*, n°348.

[5] Art. 1326 al. 1er c. civ. : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.

[6] Dans le cadre de la cession -Dailly, le cessionnaire ne peut être qu'une banque ou assimilée. Voir, art. L 313-26 c. mon. et fin. : « Le bordereau n'est transmissible qu'à un autre établissement de crédit ou une autre société de financement ou à un autre FIA mentionné à l'article L. 313-23. »

Le *rôle exact de la condition de forme*, imposant de préciser l'identité du créancier fiduciaire originaire et celle du débiteur, reste douteux. Telle que l'exigence est formulée, la mention de l'identité des parties originaires ne s'impose que lors de la formation du contrat. La possibilité d'effectuer ultérieurement une cession de créance (solution explicitement consacrée) signifie que le contrat de fiducie-sûreté, accessoire de la créance cédée, est soumis au régime de l'obligation réelle.



860. En présence d'un débiteur, personne physique, la conclusion d'une fiducie-sûreté impose de prendre en compte le régime matrimonial de chaque conjoint ou partenaire.

En présence d'un bien commun ou indivis (donc en présence de partenaires : art. 515-5 al. 2 c. civ.[1]), un *acte notarié* est exigé. Selon l'article 2012 al. 2 c. civ.[2], « Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité. »

Le *pouvoir d'engager les biens* dans le patrimoine fiduciaire dépend de leur masse d'appartenance.

- En présence de biens communs, le pouvoir matrimonial exigé pour constituer une fiducie, en régime communautaire, est celui de la *cogestion* (art. 1424 al. 2 c. civ.[3]). L'accord du conjoint est requis. À défaut, les biens communs ne figurent pas dans l'assiette de la fiducie.
- En présence de biens indivis, le débiteur n'engage que sa quote-part dans les biens indivis : l'accord de son partenaire (ou conjoint marié sous un régime séparatiste) n'est pas requis, même si l'indivision porte sur le logement familial. Le conjoint (séparatiste) ou le partenaire du constituant (débiteur) n'engage pas sa quote-part (sauf pour lui à se porter aussi constituant).
- En présence de biens personnels (faisant l'objet d'une propriété exclusive), le débiteur (célibataire, concubin, marié ou pacsé) dispose d'un pouvoir exclusif pour s'engager. Sont concernés, pour l'essentiel, les biens acquis avant le mariage ou le pacs, ainsi que les biens hérités.

En présence d'un débiteur, personne physique (mariée ou pacsée), le créancier fiduciaire doit recourir au notaire et vérifier le statut des biens qui font l'objet d'une fiducie.

861. L'**identification des parties** au contrat de fiducie impose donc au créancier fiduciaire de respecter des formalités diverses, érigées en conditions de forme.

---

[1] Art. 515-5 c. civ. : « Sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas du dernier alinéa de l'article 515-4.

« Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié. »

[2] Art. 2012 al. 2 c. civ. (introduit par ord. n°2009-112 du 30 janvier 2009) : « Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité. »

[3] Art. 1424 c. civ. : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté [...]].

« De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire. »

– L'identité précise des parties doit être mentionnée, celle de la banque (seul créancier fiduciaire admis : art. 2015 c. civ.) et celle du débiteur.

– Lorsque le débiteur est une personne physique mariée ou pacsée, le créancier fiduciaire exigera un contrat notarié. Si la fiducie porte sur des biens communs, l'accord du conjoint est requis. Les autres formalités concernent l'objet du contrat.

(863. et 864. : réservés)

b/ Le contenu du contrat de fiducie-sûreté : *les mentions du contrat*

865. Le **contenu du contrat de fiducie-sûreté** a classiquement pour objet de fixer les paramètres essentiels de l'opération, afin que le contrat ait un objet suffisamment déterminé. Les parties écarteront explicitement les quelques clauses supplétives de volonté prévues et elles respecteront les conditions de forme imposées à peine de nullité.

Le contrat de fiducie-sûreté pourra comporter des clauses (dactylographiées) expresses pour écarter des *dispositions supplétives de volonté* : les parties doivent convenir explicitement du caractère rechargeable de la fiducie-sûreté (art. 2372-5 al. 1er[1] et 2488-5 al. 1er c. civ.[2]). Les frais de constitution (incluant les frais de mutation, en présence d'un immeuble) seront donc payés une fois pour toute : une fois le premier crédit remboursé, le créancier pourra octroyer un second crédit (sans frais). Le rechargement de la dette est, depuis 2006, couramment prévu dans toutes les sûretés réelles (contractuelles) : hypothèque contractuelle, gage, nantissement, droit de rétention convenu.

Les paramètres essentiels rendant déterminable le contenu du contrat de fiducie-sûreté font l'objet de *mentions obligatoires* exigées à peine de nullité (ce que rappellent les art. 2372-2[3] et 2488-2 c. civ.[4], à combiner avec les articles 2011 et suiv. issus de loi de 2007

[1] Art. 2372-5 al. 1er c. civ. : « La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. »

[2] Art. 2488-5 al. 1er c. civ. : « La propriété cédée en application de l'article 2488-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. »

[3] Art. 2372-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire. »

[4] Art. 2488-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire. »

centrée sur le contrat de fiducie, 2372-1 et suiv.[1] et 2488-1 et suiv.[2] c. civ. résultant de l'ordonnance de 2009, centrée sur la fiducie-sûreté). Ces clauses dactylographiées sont des règles de forme : le contrat de fiducie-sûreté est donc un contrat solennel, devant comporter trois mentions obligatoires. Elles doivent :

- identifier les biens entrant dans l'assiette du créancier fiduciaire (art. 2018 1° c. civ.[3])
- fixer la durée du contrat (art. 2018 2° c. civ.[4])
- et, spécifiquement en présence d'une fiducie-sûreté, identifier la dette garantie (art. 2372-2 c. civ.[5]).

866. La première mention obligatoire (art. 2018 1° c. civ.) impose d'**identifier l'assiette des biens transférés** par le débiteur au créancier.

L'assiette de la fiducie-sûreté est spéciale, mais elle peut englober de nombreux « biens, droits ou sûretés » (art. 2018 1° c. civ.), aussi bien présents que futurs, meubles (art. 2372-1 à 5 c. civ.) ou immeubles (art. 2488-1 et suiv. c. civ.).

- Selon l'article 2011 c. civ.[6], le débiteur peut transférer des biens ou un ensemble de biens : la description de ces meubles futurs sera nécessairement sommaire (il faudra simplement identifier des universalités de fait) ; la fiducie peut donc porter sur un stock (chose fongible).
- La fiducie peut également porter sur des créances, présentes comme futures (schéma 8.7). Cette opération est fréquente dans le milieu professionnel, avec la cession-Dailly (réglementée en droit bancaire : art. 313-23 et suiv. c. mon. et fin.). Les créances détenues sur un professionnel (débiteur cédé) doivent

[1] Ce que rappelle l'art. 2372-1 c. civ. : « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030.
« Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application de la présente section. »

[2] Ce que rappelle également l'art. 2488-1 c. civ. : « La propriété d'un bien immobilier peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030.
« Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application du présent chapitre. »

[3]Art. 2018 c. civ. : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : 1°Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ; [...] ».

[4] Art. 2018 c. civ. : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : […] 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat [...]. »

[5] Art. 2372-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie. »

[6] Art. 2011 c. civ. « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. »

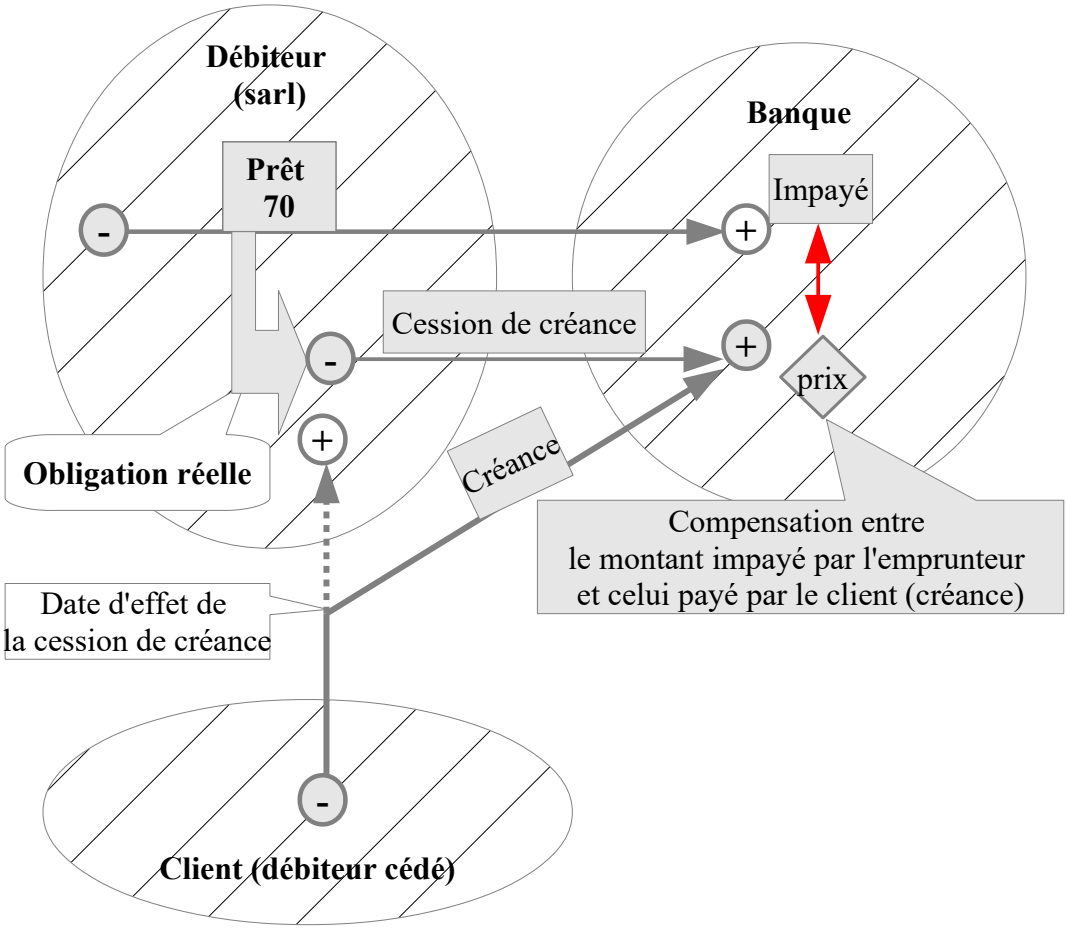
être identifiables, par mention sur le bordereau[1]. L'opération suit le mécanisme de l'action directe-sûreté (supra, schéma 7.2).

– Lorsque l'assiette de la fiducie-sûreté porte sur un immeuble, le transfert de propriété sera évidemment soumis à des frais de mutation (a priori payés par le débiteur). L'immeuble sera présent, comme en présence d'une hypothèque.

– La fiducie peut enfin porter sur une somme d'argent (art. 2374 c. civ.[2]). Le gage-espèces figure (depuis l'ordonnance de 2021) dans la fiducie-sûreté.

Schéma 8.7

Fiducie garantie par une cession de créance



[1] Art. 313-23 al. 1er c. mon. et fin. : « Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale [...] ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle. »

[2] Art. 2374 c. civ. : « La propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. »

866-1. Le législateur admet même que la fiducie-sûreté puisse porter spécifiquement **sur des « sûretés »**. La sûreté peut donc être transférée à titre autonome, dans l'attente de garantir une nouvelle dette. La sûreté sera alors préalable, et sera affectée à une dette (art. 2488-5 c. civ.[1]).
Une fois la sûreté attachée à la créance garantie, la sûreté circulera avec l'obligation garantie. La cession de créance effectuée par le cédant signifie que le cessionnaire bénéficiera de la sûreté.

867. La seconde mention obligatoire, règle de forme exigée à peine de nullité, impose de préciser la **durée de la fiducie-sûreté**, dans la limite de 99 ans (art. 2018 2° c. civ.[2]). Sauf hypothèses marginales (en droit des immeubles), la durée de la fiducie-sûreté sera celle qui est prévue pour le remboursement de la dette (et plus précisément : la date d'échéance de la dernière dette, même conditionnelle). Il n'est pas exigé que la durée de la fiducie-sûreté soit précisée : il semble donc que la durée sera suffisamment déterminable *par référence à la date d'échéance de la dette garantie*. Le contrat de fiducie-sûreté est un collatéral comme un autre : il est destiné à s'éteindre dès que la dette garantie est payée (infra). Or, le débiteur peut avoir intérêt à éviter cette situation : en précisant que la fiducie est rechargeable et en fixant donc une durée plus longue que le remboursement de la dette initiale, le débiteur pourra affecter le patrimoine fiduciaire à la garantie d'une autre dette et au profit d'un autre créancier[3].
Telle qu'elle est exigée, l'indication de la durée de la fiducie-sûreté tend spécifiquement à cantonner la durée de la fiducie-sûreté. On peut admettre une durée supérieure à la durée de la dette initiale : dans ce cas, le patrimoine fiduciaire pourra ne pas s'éteindre par voie accessoire et reprendre vie pour garantir de nouvelles dettes. En l'absence de clause prévoyant que la fiducie est rechargeable, la fiducie-sûreté doit prévoir une durée, calquée sur la dette garantie.

[1] Art. 2488-5 c. civ. : « La propriété cédée en application de l'article 2488-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.
« Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.
« A peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2488-2 est publiée sous la forme prévue à l'article 2019. La date de publication détermine, entre eux, le rang des créanciers.
« Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite. »
À comparer avec l'art. 2372-5 c. civ. (en présence d'une fiducie mobilière) : « La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. »
[2] Art. 2018 c. civ. : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : […] 2°La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat [...]. »
[3] Supa, n°886-1.

867-1. La **survenance du terme** signifie donc que le patrimoine fiduciaire sera restitué par le créancier au débiteur (art. 2030 c. civ.[1]). Il en va de même, avant terme, quand le débiteur cesse son activité ou rembourse son crédit de manière anticipée : le « but poursuivi », à savoir la garantie de dettes (professionnelles ou personnelles), est atteint.

La *disparition du débiteur*, personne physique (décès) ou morale (dissolution), entraîne normalement également l'extinction de la fiducie-sûreté (art. 2029 c. civ.[2]) : le patrimoine fiduciaire fera retour au constituant, une fois le passif remboursé (sachant que le passif exigible à terme devient immédiatement exigible en cas de dissolution). Toutefois, le décès du débiteur, personne physique, n'entraîne pas l'extinction de la fiducie-sûreté (art. 2372-1 al. 2 et 2488-1 al. 2 c. civ.[3]).

En réalité, le patrimoine fiduciaire est un patrimoine affecté au paiement d'une dette (ou d'un ensemble de dettes) : il faut donc attendre que le but soit atteint, avant que le solde soit restitué.

868. La troisième mention obligatoire, uniquement exigée dans la fiducie-sûreté impose d'identifier la **dette garantie**. Selon l'article 2372-2 c. civ.[4] (pour la fiducie mobilière) et l'article 2488-2 c. civ.[5] (pour la fiducie immobilière), « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité [...] la dette garantie ». Une formulation similaire est retenue dans la cession fiduciaire de somme d'argent (art. 2374-1 c. civ.[6]).

La dette garantie sera, comme dans le gage sans dépossession, *aussi bien présente que future, certaine qu'éventuelle*. Depuis l'ordonnance de 2021[7], la solution est explicitement affirmée aux articles 2372-1 al. 2 c. civ. (pour la fiducie mobilière) et 2488-1 al. 2 (pour la fiducie immobilière) : « L'obligation garantie peut être présente ou future ; dans ce dernier cas, elle doit être déterminable. » Il en va de même avec les

[1] Art. 2030 c. civ. : « Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.
« Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession. »

[2] Art. 2029 c. civ. : « Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme. [...] »

[3] Art. 2372-1 al. 2 c. civ. : « Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application de la présente section. » ; art. 2488-1 al. 2 c. civ. : « Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application du présent chapitre. »

[4] Art. 2372-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité […] la dette garantie [...]. »

[5] Art. 2488-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité [...] la dette garantie [...] ».

[6] Art. 2374-1 c. civ. : « A peine de nullité, la cession doit être conclue par écrit.
« Cet écrit comporte la désignation des créances garanties. Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. »

[7] Une erreur de numérotation explique probablement la place de la disposition : il aurait été plus logiquement d'insérer la disposition dans les articles 2372-2 et 2488-2.

fiducies spéciales, dépôt de garantie (art. 2374-1 c. civ.[8]) ou cession-Dailly, portant sur les créances professionnelles.

Le créancier sera donc garanti à raison du remboursement de « toutes sommes (…), à quelque titre et pour quelque cause que ce soit » (Com., 22 nov. 2005[1]), que le débiteur doit ou pourrait devoir au créancier. Un créancier peut donc être couvert pour une dette purement éventuelle (un engagement de caution pris par la banque pour garantir le débiteur envers un tiers) ou un ensemble de dettes : le créancier (une banque) conservera le patrimoine jusqu'au moment où l'ensemble du passif (bancaire) sera apuré.

L'identification de la dette garantie *n'impose pas son chiffrage*. La dette garantie pourra donc être glissante : ce sera le cas, lorsque le patrimoine fiduciaire du débiteur doit garantir le solde d'un compte bancaire (compte courant, compte-titre …). Elle sera également déterminable par l'identité du débiteur et celle du créancier : toute dette que le débiteur devra, sans limitation de montant.

La dette garantie par la fiducie peut donc être très englobante : cette sûreté réelle permet au créancier d'obtenir un patrimoine affecté au paiement d'un ensemble de dettes, nées et à naître (ce qui est typiquement le cas dans les relations d'affaires entre un client professionnel et sa banque).

> **869.** L'ordonnance du 15 septembre 2021 a fait disparaître la quatrième mention obligatoire, qui imposait (à peine de nullité) de fixer la **valeur de l'assiette** au jour de la conclusion du contrat de fiducie-sûreté. L'estimation exigée par l'article 2372-2 c. civ.[2] (fiducie mobilière) et l'article 2488-2 c. civ.[3] (fiducie immobilière) s'expliquait mal dans le cadre d'une fiducie-sûreté : en cas de défaillance (infra), la compensation entre le montant de la dette impayée et la valeur actuelle du bien aura lieu, sans tenir compte de la valeur de l'actif fiduciaire à la date de conclusion de la fiducie.
>
> Ce point est déterminant pour le créancier fiduciaire : il revendiquera en cas d'impayé, mais il ne veut pas subir le risque de modification de la valeur de l'actif fiduciaire. C'est le débiteur (et non

[8] Art. 2374-1 c. civ. : « A peine de nullité, la cession doit être conclue par écrit.
« Cet écrit comporte la désignation des créances garanties. Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. »

[1] Com., 22 nov. 2005, n°03-15.669, Bull. n°230 : la créance garantie portait sur « le remboursement de toutes sommes en principal, intérêts et frais qu'elle serait susceptible de devoir, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit et notamment en raison de toutes les obligations résultant de toute convention, cadre de crédit et de tous crédits par caisse ou par signature ». Donc y l'engagement de caution pris par la banque, et donnant éventuellement lieu à un recours en paiement contre le débiteur, pour le cas où il serait défaillant.

[2] Art. 2372-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité [...] (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) ~~la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire~~. »

[3] Art. 2488-2 c. civ. : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité […] (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) ~~la valeur estimée de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire~~. »

le créancier) qui subit le risque si le bien meuble (en possession du débiteur) se déprécie ; il en profite si le bien (immeuble) s'apprécie.

870. Au total, les **conditions de formation** du contrat de fiducie-sûreté ont pour spécificité de recourir aux règles de forme pour s'assurer de la validité du contrat. Le titre établissant la fiducie-sûreté impose donc de respecter trois grandes conditions :

- Premièrement, tout contrat de fiducie doit respecter cinq mentions obligatoires, à peine de nullité. Le constituant (débiteur) (art. 2018 3° c. civ.) et le créancier fiduciaire (art. 2018 4° c. civ.) doivent être identifiés, de même que les biens transférés (art. 2018 1° c. civ.), la durée du contrat de fiducie-sûreté (art. 2018 2° c. civ.) et la dette (chiffrée ou non) (art. 2372-2 et 2488-2 c. civ.). À ce stade, l'ordre public limite assez faiblement la liberté contractuelle : la durée maximale du contrat de fiducie-sûreté est de 99 ans.
- Deuxièmement, le contrat de fiducie-sûreté souscrit par un débiteur, personne physique (marié ou pacsé), doit être établi par acte notarié quand l'actif fiduciaire transféré est commun ou indivis ; lorsque le patrimoine fiduciaire porte sur des biens communs, l'acte est soumis à cogestion.
- Troisièmement, le créancier fiduciaire doit être obligatoirement une banque.

Une dernière mention obligatoire est enfin exigée, afin de rendre l'opération à la fois opposable aux tiers et valide.

2/ L'opposabilité aux tiers : *l'exigence d'une inscription sur registre*

871. L'**opposabilité aux tiers** s'effectue par l'inscription sur registre (art. 2020 c. civ.[1]), dans le mois suivant la conclusion du contrat (art. 2019 c. civ.[2]). Cette formalité de l'inscription, exigée en droit civil à peine de nullité du contrat de fiducie-sûreté, permettra de régler les conflits entre créancier fiduciaire et les autres créanciers.

Dès que le contrat de fiducie-sûreté devient opposable aux tiers, le créancier fiduciaire pourra leur imposer de respecter sa propriété en titre (infra). L'assiette de sa sûreté sera gelée, tant que le passif (bancaire) n'est pas intégralement remboursé.

[1] Art. 2020 c. civ. : « Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État. ».

[2] Art. 2019 c. civ. : « A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. »

871-1. Certaines **fiducies spéciales** (soumises au code monétaire et financier), comme la cession fiduciaire d'obligations financières[1] ou la cession Dailly (art. 313-27 et suiv. c. mon. et fin.[2]), ne sont pas soumises à publicité : elles deviennent opposables aux tiers dès la conclusion du contrat de fiducie.

872. L'exigence d'une **publicité, à peine de nullité**, est une sanction curieuse, puisqu'il s'agit d'une règle de forme.

Habituellement, l'inopposabilité sanctionne l'irrespect d'une règle de publicité obligatoire, les tiers non avertis n'ayant pas à tenir compte de l'opération. Dans la fiducie-sûreté de droit civil, la publicité (règle de forme) a pour fonction de rendre l'opération opposable aux tiers, et spécialement aux autres créanciers du débiteur (dénommé constituant).

– Des dispositions particulières sont prévues en cas de *cession fiduciaire de créance* (art. 2018-2 c. civ.[3] ; art. 2373 et suiv. c. civ.[4]). Elles sont analogues au nantissement de créances (art. 2361 et 2362 c. civ.[5]) et à la cession de créance (art. 1323 et 1324 c. civ.[6]). Il s'agit de distinguer entre les tiers quelconques (autres créanciers notamment) et le sous-débiteur cédé : La cession fiduciaire devient opposable aux tiers (non identifiés) dès la conclusion du contrat de fiducie (solution également adoptée dans la cession Dailly, cession de créances professionnelles, organisée par la loi du 2 janvier 1981[7]). La jurisprudence

[1] Art. 211-38 II c. mon. et fin. : « II. # 1° La constitution de telles garanties [obligations financières définies à l'art. 211-11] et leur opposabilité ne sont subordonnées à aucune formalité. Elles résultent du transfert des biens et droits en cause, de la dépossession du constituant ou de leur contrôle par le bénéficiaire ou par une personne agissant pour son compte ; » ;

[2] Art. 313-27 al. 1er c. mon. et fin. : « La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau. »

[3] Art. 2018-2 (loi n°2008-776 du 4 août 2008) : « La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire. »

[4] Art. 2373 c. civ. : « La propriété d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation par l'effet d'un contrat conclu en application des articles 1321 à 1326. »

[5] Art. 2361 c. civ. : « Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. » Art. 2362 c. civ. : « Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte./ A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. »

[6] Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte. / « Il est opposable aux tiers dès ce moment. (...) ». Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. (...) ».

[7] Art. L 313-27 al. 1er c. mon. et fin. (cession de créances professionnelles) : « La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau. » Voir : Com., 7 déc. 2004, n°02-20732, D. 2005.AJ.77, obs. A. Lienhard ; D. 2005.cha. dr. Aff., p. 230 à 232, note C. Larroumet ; Com., 22 nov. 2005, n°03-15.669, préc. : « la cession de créance [...] prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau [...] ».

n'exige pas de publicité sur registre[8] (non prévue dans le cadre de la cession-Dailly).

– En revanche, le débiteur cédé est individuellement informé. Lorsqu'il est légalement informé, de la cession fiduciaire voire de la rétrocession fiduciaire, le sous-débiteur ne se libère valablement qu'envers son créancier actuel : créancier fiduciaire (cessionnaire)[1], en cas de cession ; créancier originaire (cédant), en cas de rétrocession.

La cession fiduciaire de somme d'argent (dépôt de garantie) est également soumise à une solution dérogatoire (mais conforme au droit commun). Selon l'article 2374-2 c. civ., « La cession est opposable aux tiers par la remise de la somme cédée. »

873. L'inopposabilité proprement dite est, en réalité, destinée à régler les **éventuels conflits avec les autres créanciers**. Les deux cas d'inopposabilité visés à l'article 2025 c. civ.[2] signifient en substance que le créancier fiduciaire ne peut pas obtenir plus de droits que ceux possédés par le débiteur.

Selon le premier, le contrat de fiducie-sûreté ne doit pas être conclu par *fraude*. Il s'agit d'éviter que le créancier fiduciaire confronté à un débiteur en faillite (qui est déjà en cessation des paiements[3]) ne s'approprie immédiatement tous les biens de son débiteur, en ruinant tous les autres créanciers impayés. Cette réserve va de soi.

Le second cas est destiné à régler le *conflit entre créancier fiduciaire et les créanciers « titulaires d'un droit de suite* attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie », c-à-d., selon les paroles du rapporteur, « les titulaires d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque valablement publiés avant la conclusion de la fiducie »[4]. Le conflit entre, d'un côté, un créancier gagiste sans dépossession[5] (assiette mobilière) ou un créancier hypothécaire[6]

[8] Civ. 2e, 17 septembre 2020, n°19-10.420, Bull. ; D. 2020 p.1836 : « le créancier bénéficiaire d'un nantissement de contrat d'assurance vie rachetable [...] peut provoquer le rachat [et] dispose d'un droit exclusif au paiement de la valeur de rachat, excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers du souscripteur, même privilégiés. »

[1] Com., 17 déc. 2013, n°12-26.706 : (abstrat) « A compter de la notification régulière de la cession de créance professionnelle réalisée selon les modalités prévues par les articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier, le débiteur cédé, même s'il n'accepte pas la cession, ne se libère valablement qu'entre les mains du cessionnaire. »

[2] Art. 2025 c. civ. : « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. »

[3] Rapport X. Roux, rapport AN, 1er fév. 2007 : » la prohibition du transfert de biens dans un patrimoine au cours de la période suspecte dans le cadre des procédures collectives (article 18). Se trouveront ainsi sanctionnés par la solidarité aux obligations légales et réglementaires tous fiduciaires et constituants créant une fiducie destinée à soustraire certains biens du règlement des créances du constituant. De même, sera nul tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire effectué depuis la date de cessation des paiements. »

[4] X. Roux, rapport AN, 1er fév. 2007

[5] Art. 2337 al. 3 c. civ. : « Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276. » Supra, n° 687 et suiv.

[6] Art. 2461 c. civ. : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ». Supra, n° 623 et suuiv.

(assiette immobilière) et, de l'autre, un créancier fiduciaire sera réglé par la règle de l'antériorité : l'inscription la plus ancienne prévaut sur la plus récente. Le créancier fiduciaire, comme tout tiers-acquéreur, subit donc le droit de suite du créancier hypothécaire ou gagiste : là encore, cela va de soi.

(874. : réservé)

II/ Les effets de la fiducie-sûreté

875. Les **effets de la fiducie-sûreté** conduisent classiquement à distinguer deux périodes, celle au cours de laquelle le débiteur rembourse sa dette, et celle du dénouement de l'opération.

Pendant le remboursement de la dette, l'objectif du créancier fiduciaire, propriétaire en titre, est essentiellement conservatoire. Il s'agit de conserver le patrimoine fiduciaire, même possédé par le débiteur ; d'interdire à tout créancier du débiteur de saisir l'actif fiduciaire.

Lors du dénouement de la fiducie, le créancier fiduciaire invoquera la compensation, qu'il soit confronté à à un débiteur défaillant (le créancier revendiquant cherchant alors à transformer sa propriété en titre en propriété plénière) ou à un débiteur qui a remboursé (le créancier fiduciaire opérant alors une rétrocession du patrimoine fiduciaire).

La fiducie-sûreté fonctionne donc en deux temps : pendant le remboursement de la dette (1), une logique conservatoire s'impose ; lors du dénouement (2), la compensation sera systématiquement employée.

1/ Le fonctionnement de la fiducie-sûreté pendant le remboursement : *la logique conservatoire du créancier fiduciaire*

876. Le **fonctionnement de la fiducie-sûreté pendant le remboursement de la dette** est dominé par la logique conservatoire du créancier fiduciaire. Ce dernier, propriétaire en titre, disposera de prérogatives différenciées, en fonction de la nature des biens (meubles ou immeubles, corporels ou incorporels) figurant dans son assiette : le créancier cherchera à préserver son assiette, notamment lorsque les biens sont gérés par le débiteur.

La logique conservatoire sera également en œuvre face aux autres créanciers (impayés) du débiteur : le créancier fiduciaire cherchera alors à geler son assiette, en interdisant à

la fois toute mesure d'exécution sur des biens qui lui appartiennent désormais, et, sur les créances, en échappant aux conséquences de la faillite dont son débiteur ferait l'objet.

877. Les **prérogatives du créancier fiduciaire** sont plus ou moins intenses en fonction de la nature des biens figurant dans son assiette, mais également en fonction de clauses du contrat (qui peuvent imposer au débiteur de gérer le bien ou d'assumer certains risques). Quand son assiette porte sur un bien individualisé, le créancier fiduciaire est un propriétaire temporaire. Lorsque l'assiette porte sur une chose fongible, le créancier fiduciaire est un propriétaire plénier. Lorsque l'assiette porte sur une créance, le créancier est dans une situation intermédiaire.

Lorsqu'elle porte sur un *bien individualisé* (matériel d'une entreprise, meubles meublants d'un particulier, véhicule, immeuble), la fiducie est une simple propriété en titre. Les biens demeurent en possession du débiteur, et le contrat de fiducie pourra prévoir que le débiteur doit assumer les risques de gestion de ces biens. Le débiteur doit entretenir correctement les biens, souscrire une assurance, protéger sa possession (pour interdire à un tiers de prescrire). Ces dispositions sont logiques : le débiteur jouit gratuitement d'un bien qui a vocation à lui faire retour. Si, par sa gestion, le débiteur porte atteinte à la valeur des biens, il s'expose à la déchéance du terme.

Lorsqu'elle porte sur des *choses fongibles* ou de la monnaie (art. 2374 c. civ.[1]), le créancier fiduciaire mis en possession devient immédiatement propriétaire plénier (art. 2374-3 c. civ.[2]).

– Pendant le remboursement de la dette, les règles du quasi-usufruit s'appliquent à la chose fongible. Il peut vendre ou utiliser les biens fongibles ; il est uniquement tenu d'une obligation de restituer une chose pareille, quand il sera établi que le débiteur n'est pas défaillant (infra).

– Le dépôt de garantie (fiducie-sûreté portant sur une somme d'argent) prévoit depuis 2021 un régime spécifique. Le créancier fiduciaire peut devoir les intérêts produits par les sommes placées (art. 2374-2 c. civ.[3]). Le plus souvent, le créancier dispose de la libre disposition des sommes d'argent ; dans le silence du contrat de fiducie, aucun intérêt n'est dû.

Les *créances cédées* sont soumises à un statut hybride. Pendant le remboursement de la dette, le créancier fiduciaire est propriétaire en titre : il déclare au passif du sous-débiteur (cédé) en

[1] Art. 2374 c. civ. : « La propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. »

[2] Art. 2374-3 c. civ. : « Le cessionnaire dispose librement de la somme cédée, sauf convention contraire qui en précise l'affectation. ».

[3] Art. 2374-4 c. civ. : « Lorsque le cessionnaire n'a pas la libre disposition de la somme cédée, les fruits et intérêts produits par celleci accroissent l'assiette de la garantie, sauf clause contraire.
« Lorsque le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, il peut être convenu d'un intérêt au profit du cédant. »

faillite[1] ; il a seul qualité, en tant que propriétaire, pour interjeter appel[2] ou pour exercer l'exécution forcée envers le débiteur cédé[3]. Certaines décisions judiciaires affirment que, pendant le remboursement de la dette, cédant et cessionnaire sont associés[4].

Selon la nature des biens figurant dans l'assiette de la fiducie, le créancier fiduciaire est garanti contre des risques d'impayé plus ou moins extensifs. Quand il est propriétaire temporaire (bien individualisé), le créancier fiduciaire déclenchera ses prérogatives après la défaillance du débiteur. Quand il devient propriétaire plénier (chose fongible, somme d'argent, créance cédée payée pendant le remboursement), le créancier est protégé contre le risque de contestation de la dette. Le déclencheur est préventif.

878. Pendant le remboursement de la dette, l'**assiette de la fiducie-sûreté est gelée**, ce qui permet au créancier fiduciaire d'échapper à deux risques, le risque de faillite du débiteur et risque lié à une mesure d'exécution forcée portant sur le patrimoine du débiteur.

Premièrement, le créancier fiduciaire échappe au gel des paiements imposés aux créanciers (antérieurs) du débiteur en faillite quand la fiducie porte sur une créance. Le débiteur *renonce alors à la protection du droit de la faillite*, puisque "ses" revenus (salaires, poste clientèle[5], loyers à percevoir, cession Dailly[6]) seront désormais perçus par le seul créancier fiduciaire. Le créancier fiduciaire sera immédiatement payé, sans égard à la procédure collective[7] ou de surendettement. La faillite du débiteur[8] ne figure

[1] Com., 20 octobre 2009, n° 08-18.233, Bull. n° 128 ; D. 2009, p.2611 ; Revue Lamy droit des affaires, 2009, n° 2626, p. 35, note Delphine Chemin-Bomben : « [...] lorsque la cession de créance professionnelle est effectuée à titre de garantie d'un crédit, le cédant reste tenu, en sa qualité de débiteur principal, vis à vis de l'établissement cessionnaire lui ayant accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif du débiteur cédé ».

[2] Com., 18 novembre 2014, n° 13-13.336, Bull. : est débouté le cédant qui prétendait interjeter appel, afin d'obtenir une décision majorant le montant de la créance due par le débiteur cédé.

[3] Com., 9 septembre 2020, n° 19-10.652 , D. 2020 p.1791 : point 3 « la société de gestion, en tant que représentant légal du fonds, [a] qualité légale pour assurer, y compris par la voie d'une action en justice, tout ou partie du recouvrement des créances transférées. »

[4] Com., 15 mai 2019, n° 17-27.686, Bull. ; JCP G 2019, chron. 749, spéc. n° 8, note Grégoire Loiseau : (abstrat) « La cession d'une créance ne confère pas au cessionnaire qualité pour défendre, en l'absence du cédant, à une demande de résolution du contrat dont procède cette créance. »

[5] La solution est expressément prévue en présence d'opérations de titrisation, à savoir des cessions de créances. Selon l'art. L 214-43 c. mon. et fin. : « […] Nonobstant l'ouverture éventuelle d'une procédure mentionnée au livre VI du code de commerce [procédure collective] ou d'une procédure équivalente sur le fondement d'un droit étranger à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, cette cession conserve ses effets après le jugement d'ouverture. La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité. »

[6] Com., 7 déc. 2004, n° 02-20732, Bull. ; D. 2005.AJ.77, obs. A. Lienhard ; D. 2005, p. 230 à 232, note C. Larroumet ; Com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669, préc. : « la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, [...], étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de celui-ci postérieurement à cette date »

[7] Com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669, préc. : avant son redressement judiciaire, le débiteur avait consenti à son banquier une cession Dailly sur ses revenus futurs ; il avait remboursé ses crédits, mais le banquier restait tenu en tant que caution du débiteur (dette future et éventuelle). La créance « étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de celui-ci postérieurement à cette date »

[8] En revanche, en cas de liquidation judiciaire (entraînant la dissolution du patrimoine du débiteur), le code de commerce prévoit que la fiducie-sûreté prend fin. Voir, art. L 641-12-1 c. com. : « Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la

d'ailleurs pas parmi les causes d'extinction ou de suspension de la fiducie mentionnées à l'article 2029 c. civ.[1]. Tant qu'il reste une dette (même future, même éventuelle) à garantir, le créancier fiduciaire échappe au droit de la faillite.

Deuxièmement, les autres créanciers impayés ne peuvent pas exercer de voie d'exécution et saisir les biens et créances appartenant désormais à autrui[2]. La solution est affirmée par l'article 2025 al. 1er c. civ.[3] : « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. » L'exception dont profite le conservateur porte sur un montant restreint. Les autres créanciers, en revanche, ne disposent d'aucune voie d'exécution. Ce n'est qu'à l'expiration de la fiducie que les autres créanciers pourront saisir le patrimoine fiduciaire que le créancier *restituera* à son ancien débiteur : les biens font alors « retour au constituant » (art. 2030 c. civ.[4]) (infra).

Le créancier fiduciaire bénéficie donc du gel de son assiette (solution prévue aussi bien en droit civil, qu'en présence de fiducies-sûretés spéciales, comme celle portant sur des obligations fiduciaires : art. 211-38 I c. mon. et fin.[5]). Le créancier fiduciaire obéira donc à une logique binaire, comparant la valeur de l'actif et le montant des crédits, sans avoir à se préoccuper d'aucun autre facteur. Ni l'existence d'autres créanciers impayés, ni l'instauration d'une procédure de faillite n'entraveront ses prérogatives, dès lors qu'il déclare ses créances.

---

résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire. »

[1] Art. 2029 al. 1er c. civ. : « Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme. »

[2] X. Roux, rapport AN, n° 3655, 1er février 2007 : « La principale conséquence de la règle ainsi posée réside dans l'impossibilité pour les titulaires de créances sur le patrimoine propre du fiduciaire de se tourner vers le patrimoine fiduciaire pour réaliser leurs droits. Autrement dit, les créanciers personnels du fiduciaire ne pourront faire valoir leurs droits qu'à l'encontre du seul patrimoine propre de celui-ci. »

[3] Art. 2025. c. civ. : « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée. »

[4] Art. 2030 c. civ. : « Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant. »

[5] Art. 211-38 I c. mon. et fin. (issu de l'ordonnance n°2005-171 du 24 fév. 2005, transposant la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière) : les opérations de cession fiduciaire portant sur des obligations financières sont valables « même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, ou d'une procédure judiciaire ou amiable équivalente sur le fondement d'un droit étranger, ou d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition. »

878-1. La **cession fiduciaire portant sur les créances futures** est désormais soumise à un régime complexe en droit de la faillite : le débiteur professionnel ou surendetté récupère, semble-t-il, ses revenus futurs.

En droit des *procédures collectives*, le débiteur professionnel perçoit désormais en principe les revenus futurs qui avaient fait l'objet d'un nantissement ou d'une cession fiduciaire (art. L 622-21 c. com.). Depuis 2021 (ord. réformant les procédures collectives[1], art. 19), lorsque le débiteur professionnel est en procédure collective, l'accroissement de l'assiette d'une sûreté contractuelle est interdit. Ses revenus futurs faisant l'objet d'une cession fiduciaire ou d'un nantissement, ne seront plus perçus par le débiteur. L'article L 622-21 IV c. com.[2] fixe un principe et une exception.

- En principe, la cession de créance future prend fin : le débiteur récupère donc ses revenus. Le client (sous-débiteur, cédé) doit être averti individuellement de l'ouverture de la faillite du cédant (débiteur professionnel) ; à cette date, il y a rétrocession de plein droit. Le cédé ne doit donc plus payer le cessionnaire ou le créancier nanti, mais le cédant (en faillite). Cet effet de principe (qui vaut sauf exception) est majeur : la créance future qui échoit après l'ouverture de la faillite sera donc payée au débiteur professionnel, lequel bénéficiera donc d'une rentrée financière effective. Cette solution (nouvelle depuis 2021) crée un bouleversement en droit des sûretés réelles.
- L'exception est établie au profit du trésor public (créancier saisissant qui n'est pas titulaire d'une sûreté contractuelle) et des banques (cession Dailly, notamment[3]) : le créancier continue exceptionnellement de percevoir les revenus futurs du débiteur.

Il existe un doute sur la poursuite de la cession des revenus du *débiteur surendetté*. En effet, l'article 722-2 c. conso.[4] prévoit désormais une suspension des cessions de rémunérations, texte

---

[1] Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce

[2] Art. L 622-21 c. com. : « I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :

1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

« II.-Sans préjudice des droits des créanciers dont la créance est mentionnée au I de l'article L. 622-17, le jugement d'ouverture arrête ou interdit toute procédure d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.

« III.-Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus.

« IV.-Le même jugement interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur.

« Toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture.

« Toutefois, l'accroissement de l'assiette peut valablement résulter d'une cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier lorsqu'elle est intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure. Cet accroissement peut également résulter d'une disposition contraire du présent livre ou d'une dérogation expresse à son application prévue par le code monétaire et financier ou le code des assurances. »

[3] Art. 211-38 I c. mon. et fin. (issu de l'ordonnance n°2005-171 du 24 fév. 2005, transposant la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière) : les opérations de cession fiduciaire portant sur des obligations financières sont valables « même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, ou d'une procédure judiciaire ou amiable équivalente sur le fondement d'un droit étranger, ou d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition. »

[4] Art. L 722-2 . conso. : « La recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-

qui semble signifier que les cessions fiduciaires devraient cesser dès l'ouverture de la procédure de surendettement. L'article suivant (art. L 722-3 c. conso.[1]) précise que cette suspension dure jusqu'à la décision prise par la commission ou par le juge : la cession fiduciaire des revenus d'une personne physique est donc paralysée. Or, comme le plan de traitement ne peut excéder 7 ans, il en résulte que la cession fiduciaire ne doit pas durer trop longtemps.

L'ouverture d'une faillite produit donc désormais un effet majeur : elle paralyse les créanciers qui étaient hors faillite grâce au mécanisme (de droit commun) de la cession de créance (art. 1321 c. civ.). Il s'ensuit que la hiérarchie générale des conflits de sûretés réelles en sortira bouleversée (infra).

(879- à 883. : réservés)

884. La **conclusion du contrat de fiducie-sûreté** exige de respecter des conditions de forme strictes. Pour le reste, économiquement, le créancier fiduciaire se place dans une position ambiguë : il est créancier économique, puisqu'il verse immédiatement une prestation en attendant un remboursement dans le futur. Mais le créancier fiduciaire est également débiteur économique : lors de la conclusion du contrat de fiducie-sûreté, il est devenu propriétaire de l'actif fiduciaire, sans en avoir payé le prix. Deux *contrats (connexes)* sont donc été conclus (vente et prêt) : le créancier fiduciaire est à la fois prêteur et acquéreur.

2/ Le dénouement de la fiducie-sûreté : *le double jeu de la compensation*

885. Le **dénouement de la fiducie-sûreté** repose sur deux mécanismes classiques (la propriété et la compensation) dont l'association garantit un paiement précoce, intégral et exclusif (sans concurrence possible d'autres créanciers impayés). La compensation y est de règle, quel que soit le dénouement de l'opération.

Que le débiteur soit défaillant ou non, le créancier fiduciaire recherche systématiquement la compensation, soit directement (c-à-d. à titre principal) quand le débiteur rembourse (a), soit indirectement (c-à-d. accessoirement ou subsidiairement) lorsque le créancier fiduciaire réclame son patrimoine fiduciaire (afin d'apurer la dette), à la suite d'une défaillance du débiteur (b).

ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. »

[1] Art. L 722-3 c. conso. : « Les procédures et les cessions de rémunération sont suspendues ou interdites, selon les cas, jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 732-1, jusqu'à la décision imposant les mesures prévues aux articles L. 733-1, L. 733-4, L. 733-7 et L. 741-1, jusqu'au jugement prononçant un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Cette suspension et cette interdiction ne peuvent excéder deux ans. »

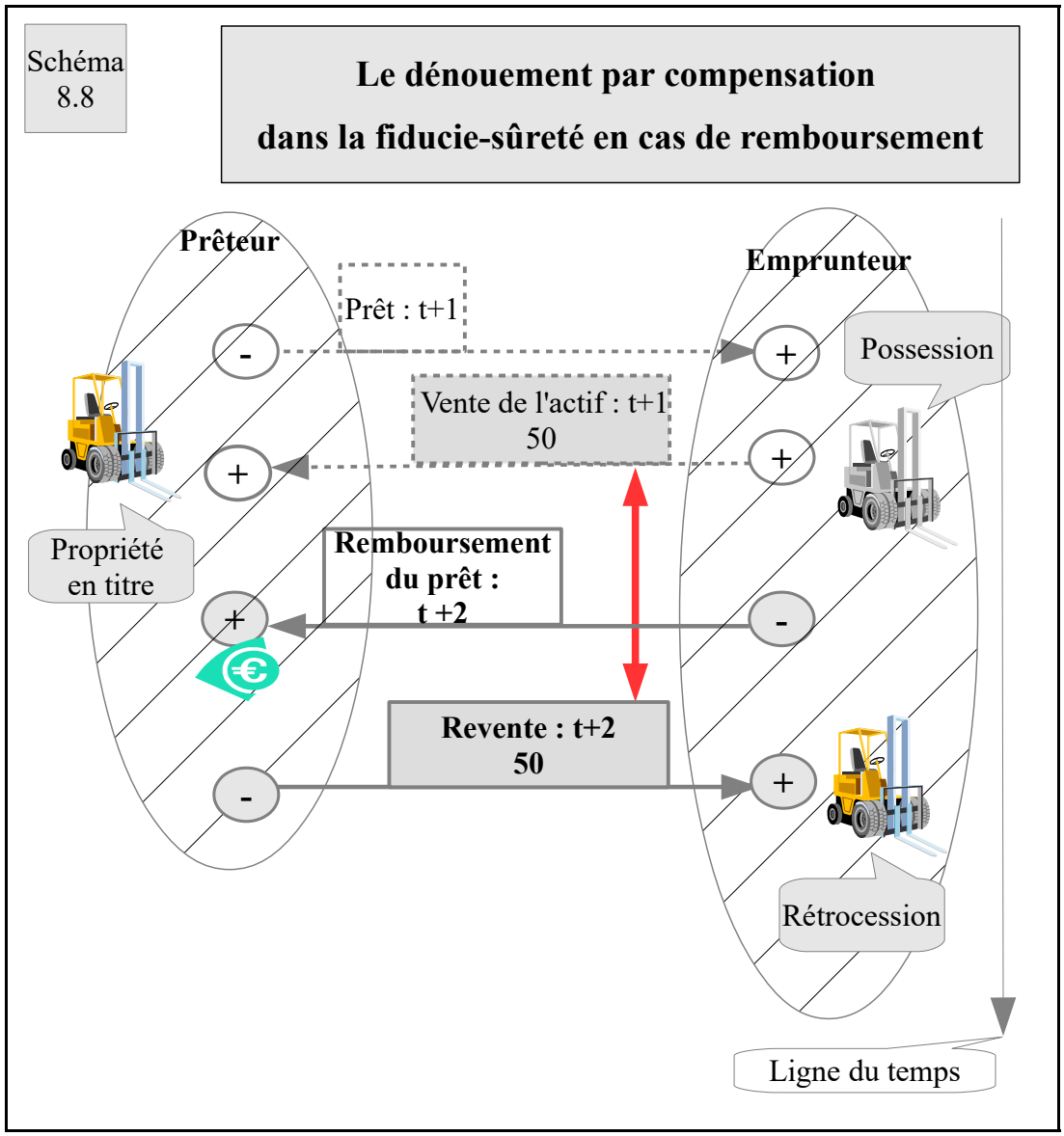
a/ Le remboursement du débiteur : *rétrocession et compensation*

886. Le **remboursement par le débiteur** du crédit octroyé conduira le créancier fiduciaire à dénouer la fiducie-sûreté par une compensation entre le prix d'achat de l'actif et son prix de revente au débiteur. Le titre de propriété sur l'actif fiduciaire aura donc été détenu de manière temporaire : techniquement, il s'agit d'effectuer une rétrocession, selon des modalités qui diffèrent légèrement selon le type de bien figurant dans l'assiette de la fiducie-sûreté.

En présence d'une fiducie-sûreté portant sur un *bien individualisé, meuble ou immeuble*, le prêteur (créancier fiduciaire) détenait un titre de propriété sur l'actif de son ancien débiteur : le créancier lui restitue ce titre.

- La cession et la rétrocession du titre de propriété s'effectuent sans prix ou, lorsqu'un prix a été fixé, au même prix comme en présence d'une vente à réméré (vente avec faculté de rachat : art. 1659 et suiv. c. civ.[1]).
    - Il n'est pas tenu compte de la valeur effective du bien (usagé, resté en possession du débiteur ; ou dont la valeur se serait accrue, en présence notamment d'un immeuble). Le créancier n'était qu'un propriétaire précaire, en réalité virtuel.
    - Si un prix de cession a été fixé, il y aura compensation entre le prix de vente d'actif fiduciaire et son prix de rachat, comme en présence d'une vente à réméré. Peu importe la modification de la valeur de l'actif fiduciaire entre la conclusion du contrat et la rétrocession.

[1]Art. 1659 c. civ. : « La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n°222.



– Le prêteur a détenu temporairement un titre de propriété, qu'il a restitué comme l'aurait fait un gagiste avec dépossession, quand il rend la chose retenue après remboursement (schéma 8.8).

– La rétrocession du titre imposera au débiteur de régler, à nouveau, des frais de mutation : négligeables en présence d'un meuble (sauf en présence d'une vente aux enchères : les frais représentent 20% du prix), mais d'un montant équivalent à environ 8% de la valeur de l'immeuble, ces frais de mutations sont le facteur qui limite le plus le recours à la fiducie-sûreté immobilière.

En présence d'une fiducie-sûreté *portant sur des créances*, et spécialement d'une cession Dailly (cession conclue sans prix de cession), les opérations de rétrocession

imposent de tenir compte du moment auquel a lieu le paiement du débiteur cédé et du statut du paiement (imputé ou non sur le montant de la dette).

– Lorsque la créance cédée est payée avant la date à laquelle le crédit doit être remboursé[1], la somme sera immédiatement compensée avec le montant du crédit restant à payer (solution valant à titre supplétif de volonté dans le nantissement de créance[2], et fréquemment explicitement convenue dans le contrat de cession Dailly), ou éventuellement consignée (art. 2373-2 c. civ.[3]).

– Lorsque la créance cédée échoit après le remboursement de la dette garantie, il faut procéder à une rétrocession fiduciaire[4] (c-à-d. à une restitution), après avoir de nouveau valablement informé le sous-débiteur (cédé) (art. 2373-3 c. civ.[5]).

En présence d'une fiducie-sûreté portant sur des *choses fongibles*, il suffira de rendre une chose pareille, monnaie (art. 2374-6 c. civ.[6]) ou autre bien fongible. On notera que la somme rendue ne porte pas intérêt (en application du principe nominaliste[7]), sauf convention contraire (art. 2374-4 al.2 c. civ.[8]).

La rétrocession conduit à appliquer le régime des restitutions (art. 1352 et suiv. c. civ.[9]), comme en présence d'une annulation ou d'une résolution.

---

[1] Sachant, qu'en régime général des obligations, le terme bénéficiant au seul débiteur lui permet de payer avant terme. Art. 1305-3 al. 2 c. civ. : « La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre. » Voir : *Régime général des obligations*, n° 115.

[2] Supra, n° 683-1. Voir art. 2364 c. civ. : « Les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue.

« Dans le cas contraire, le créancier nanti les conserve à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées. »

[3] Art. 2373-2 c. civ. « Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue.

« Dans le cas contraire, le cessionnaire les conserve dans les conditions prévues aux articles 2374-3 à 2374-6. »

[4] Com., 18 novembre 2014, n°13-13.336, Bull. : selon l'abstrat, en présence d'une cession fiduciaire, « le cédant ne retrouv[e] ses droits à agir qu'après le remboursement intégral de la dette garantie ou la renonciation du cessionnaire à tout ou partie de la créance cédée. » Pour agir contre le débiteur cédé, il faut l'informer de la rétrocession ; le régime de la renonciation du créancier suppose également une information du cédé.

[5] Art. 2373-3 c. civ. : « Lorsque la créance garantie est intégralement payée avant que la créance cédée ne le soit, le cédant recouvre de plein droit la propriété de celle-ci. »

[6] Art. 2374-6 c. civ. : « Lorsque la créance garantie est intégralement payée, le cessionnaire restitue au cédant la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts ».

[7] Art. 1343 al. 1er c. civ. : « Le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n° 561.

[8] Art. 2374-4 c. civ. : « Lorsque le cessionnaire n'a pas la libre disposition de la somme cédée, les fruits et intérêts produits par celle-ci accroissent l'assiette de la garantie, sauf clause contraire.

« Lorsque le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, il peut être convenu d'un intérêt au profit du cédant. »

[9] Art. 1352 c. civ. : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. » Voir : *Régime général des obligations*, n° 152 et suiv.

b/ La défaillance du débiteur : *l'action en revendication combinée à la compensation*

887. La **défaillance du débiteur** conduira le créancier fiduciaire à exercer l'action en revendication, en tant que propriétaire, et à invoquer la compensation, en tant que créancier. La date à laquelle l'actif fiduciaire sera estimée prend alors une importance déterminante pour le créancier.

L'*action en revendication* a pour but de rendre le créancier fiduciaire propriétaire plénier de son patrimoine fiduciaire. Le déclencheur est donc précoce (art. 2372-3 al. 1er et 2488-3 al. 1er c. civ.[1]).

– L'action en revendication exercée par le créancier fiduciaire a pour fonction de transformer une propriété en titre (et sans abusus) en propriété plénière (avec possession et abusus). C'est le sens des articles 2372-3 al. 1er c. civ.[2] (fiducie mobilière) et 2488-3 al. 1er c. civ. (fiducie immobilière) : « A défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie. »

– Techniquement, l'action en revendication est le déclencheur de la fiducie-sûreté. Par rapport au gage[3] ou à l'hypothèque[4], le déclencheur de la fiducie-sûreté est plus précoce[5], et surtout plus efficace : en effet, le créancier fiduciaire est le seul à pouvoir transformer sa propriété temporaire en propriété plénière (alors que les créanciers hypothécaire, gagiste et nanti sont exposés à la concurrence des autres).

– Le créancier fiduciaire sera éventuellement confronté à une difficulté, quand un *rétenteur* s'oppose à sa mise en possession. Le blocage (effectif) exercé par le rétenteur sur une chose (mobilière ou immobilière) interdira au créancier fiduciaire de profiter de son bien, sauf déblocage prévu en présence

[1] Art. 2372-3 al. 1er et 2488-3 al. 1er c. civ. : « A défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien cédé à titre de garantie. »

[2] Art. 2372-3 c. civ. :
« Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix. [...] »

[3] Art. 2348 c. civ. : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. (...). » Supra, n° 665 et 683-1.

[4] Art. 2459 c. civ. : « Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur. » Supra, n° 630.

[5] Dans le gage comme dans l'hypothèque, il faut une clause spéciale pour que le créancier bénéficie du pacte commissoire.

d'une liquidation judiciaire du débiteur professionnel (avec le report de la rétention sur le prix) (art. L 642-20-1 c. com.[1]).

La *compensation* sera alors opposée par le créancier fiduciaire (art. 2372-3 al.3[2] et 2488-3 al.3 c. civ.[3]). Il est à la fois débiteur du prix d'acquisition de l'actif fiduciaire et créancier impayé à raison de la fraction non remboursée du crédit : la compensation entre ces créances connexes sera effectuée.

– Une estimation impartiale des biens figurant dans l'assiette de la fiducie est imposée lors de la défaillance du débiteur (art. 2372-3 al. 3 c. civ.[4] et art. 2488-3 al. 3 c. civ.[5]). La valeur des biens est fixée à la date à laquelle le créancier devient propriétaire plénier.

– En présence de biens spécifiques, l'estimation s'effectue nécessairement par expert, désigné à l'amiable ou judiciairement : « Toute clause contraire est réputée non écrite », sauf lorsque cette estimation est inutile.

– En présence de biens (meubles) standardisés, dont le cours est fixé par un prix de marché (fiducie portant sur un compte-titre comprenant des actions cotées[6], fiducie portant sur des créances liquides, comme les bons du trésor …), la vente des biens au cours du jour garantit suffisamment que le débiteur (défaillant) ne cède pas à vil prix un actif.

La date d'estimation de la valeur de l'actif permet donc au créancier d'échapper au risque de modification de la valeur de l'actif fiduciaire.

---

[1] Art. L 642-20-1 c. com. : « A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 641-3, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation.
« Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.
« En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur. »

[2] Art. 2372-3 al.3 c. civ. : « La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur une plate-forme de négociation au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[3] Art. 2488-3 al.3 c. civ. : « La valeur du bien est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[4] Art. 2372-3 c. civ. : [implicitement : al.1er, « A défaut de paiement de la dette garantie »] « La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[5] Art. 2388-3 al. 3 c. civ. : « La valeur du bien est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

[6] Art. 211-38 II c. mon. et fin. : « II. # 3° La réalisation de telles garanties intervient à des conditions normales de marché, par compensation, appropriation ou vente, sans mise en demeure préalable, selon les modalités d'évaluation prévues par les parties dès lors que les obligations financières couvertes sont devenues exigibles. »

– Le montant de la dette impayée du débiteur, accru des éventuels frais de conservation exposés par le fiduciaire (art. 2372-4 al. 1er et 2372-4 c. civ.[1]), se compense avec la valeur de l'actif fiduciaire que le créancier fiduciaire doit régler au débiteur (art. 2372-4 al. 1er c. civ.[2] et 2488-4 al. 1er c. civ.[3]) (ou, lorsque l'actif fiduciaire a déjà été vendu, avec son prix de vente : art. 2372-4 al. 2[4] et 2488-4 al. 2 c. civ.[5]). Techniquement, il s'agit d'une compensation de dettes connexes[6] : la dette du débiteur est connectée avec la dette, différente, de l'actif fiduciaire. La compensation permet au créancier fiduciaire d'échapper au traitement égalitaire des créanciers chirographaires[7]. Dès qu'il bénéficie de la compensation, le créancier fiduciaire quitte la procédure collective de paiement forcé : c'est un paiement précoce.

– Le prêteur (créancier fiduciaire) est impayé (+20) ; mais il est aussi débiteur du prix d'achat de l'actif de son débiteur. Ce prix de vente sera fixé non pas lors de la cession de l'actif fiduciaire (à t+1), mais à la date de l'exercice de l'action en revendication (à t+2). La compensation a lieu entre le prix de l'actif (estimé à sa valeur actuelle : 45) et le montant de la dette restant due (-25) (schéma 8.9).

[1] Art. 2372-4 al. 1er et art. 2488-4 al. 1er c. civ. : « […] sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

[2] Art. 2372-4 c. civ.. : « Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

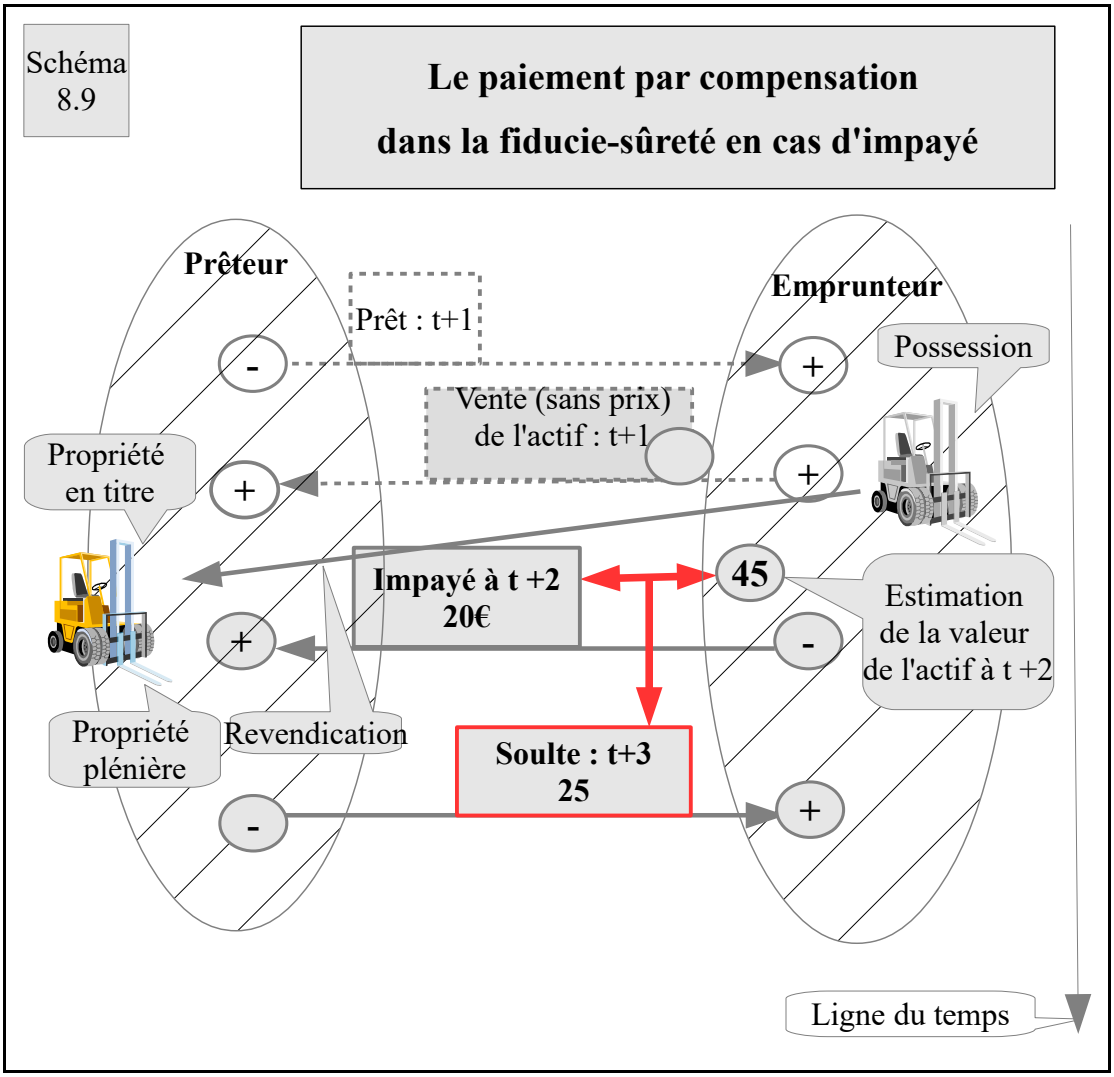
[3] Art. 2488-4 c. civ. : « Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien en application de l'article 2488-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

[4] Art. 2372-4 al. 2 c. civ. : « Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie. »

[5] Art. 2488-4 al. 2 c. civ. : « Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie. »

[6] En droit des procédures collectives, le paiement par compensation de dettes connexes est valide, nonobstant le gel des paiement. Infra, le droit au paiement immédiat.

[7] Ce qui explique la précision finale figurant au IV, de l'art. L 211-38 c. mon. et fin., en cas de cession fiduciaire portant sur une obligation financière : « IV. – Les modalités de réalisation et de compensation des garanties mentionnées au I et des obligations mentionnées à l'article L. 211-36 sont opposables aux tiers. Toute réalisation ou compensation effectuée en raison d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition est réputée être intervenue avant cette procédure. »



Après compensation, seul le *solde* sera dû.

– Si le créancier fiduciaire est débiteur net, il versera le solde au débiteur (art. 2372-4[1] et 2488-4 c. civ.[2]).

– Si le créancier fiduciaire est créancier net (en raison de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire), il fera, en tant que créancier chirographaire, saisir le

[1] Art. 2372-4 c. civ. : « Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée à l'avant-dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.
« Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie. »

[2] Art. 2488-4 c. civ. : « Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien en application de l'article 2488-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée à l'avant-dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.
« Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie. »

patrimoine appartenant à son débiteur : « En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers » (art. 2025 al. 2 c. civ.[1]).

888. La propriété plénière du créancier conduit le créancier à réclamer l'**envoi en possession**. Les articles 2372-3 al. 2 et 2488-3 al. 2 prévoient implicitement la solution, en présence d'un patrimoine fiduciaire en possession d'un tiers : « Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix. » La *remise du bien* correspond à l'envoi en possession, en droit civil des biens, en suivant éventuellement la procédure imposée en droit des procédures collectives.

En *droit civil des biens*, les modalités de la revendication seront différentes selon la nature des biens figurant dans l'assiette de la fiducie. L'action en revendication portant sur des meubles individualisés demeurés en possession du débiteur suppose l'*envoi en possession* du créancier. Lorsque la fiducie-sûreté porte sur un immeuble, l'envoi en possession du créancier sera plus délicat en présence d'un immeuble servant résidence principale à la personne physique. À l'inverse, l'envoi en possession n'est pas nécessaire en présence de choses fongibles (quasi-usufruit) ou de meubles incorporels (comme les brevets, comptes-titres, créances).

En *droit des procédures collectives*, l'action en revendication exercée par le créancier fiduciaire est exercée dans les trois mois de l'ouverture de la procédure collective du débiteur professionnel (art. L 624-9 c. com.[2]). Si la fiducie porte sur des meubles individualisés et que les meubles ont été vendus par le débiteur, le créancier fiduciaire dispose du report de la propriété sur le prix (art. 624-18 c. com.), analogue à l'article 2372 c. civ.[3] en cas de propriété réservée : c'est une action directe-sûreté (infra).

À ce stade, le créancier fiduciaire est devenu un propriétaire plénier effectif : il dispose de l'abusus (droit de revendre le bien) et de la possession effective de son bien. On remarque d'ailleurs que les articles 2372-3 al. 2 et 2488-3 al. 2 prévoient une modalité particulière de remise : la « remise du prix » est prévue, lorsque le tiers, chargé de gérer le patrimoine fiduciaire, est, sur ordre du créancier, chargé de vendre les biens (meubles ou immeubles).

889. En cas de **défaillance du débiteur**, les effets de la fiducie-sûreté sont donc efficaces. Le créancier fiduciaire, grâce à l'action en revendication combinée à la

[1] Art. 2025 al.2 c. civ. : « En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers [fiduciaires] ».

[2] Art. L 624-9 c. com. : « La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure. » Art. L 624-16 c. com. : « Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant. » (…) « Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17. »

[3] Art. 2372 c. civ. : « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien. »

compensation des créances connexes, déclenché sa garantie dès la défaillance du débiteur (voire même avant), et il est payé intégralement, avant les autres créanciers.
Le créancier fiduciaire ne craint la concurrence d'aucun autre créancier. La faillite du débiteur ne l'atteint pas quand la cession fiduciaire porte sur une créance : il continue de percevoir les revenus du débiteur pendant la faillite ; l'action en revendication sera déclenchée dès l'ouverture de la procédure collective (solution « de nature à inciter les créanciers à faire preuve d'un peu plus de patience et de compréhension à l'égard du constituant débiteur »[1]).

890. En conclusion, la fiducie-sûreté est une garantie réelle qui se forme en respectant des conditions de forme précises, et qui produit des effets efficaces.
En droit civil, la fiducie-sûreté n'a fait son entrée que récemment. La liberté contractuelle reconnue à ce créancier propriétaire est, contrairement à ce qu'on affirme parfois, relativement récente, du moins dans son extension actuelle. En effet, le gage-espèces existe depuis très longtemps : la fiducie-sûreté peut porter sur de la monnaie ou sur une chose fongible (en suivant le régime du quasi-usufruit). En réalité, le développement contemporain de la propriété-sûreté s'explique par l'*extension de son assiette à des biens individualisés*.
L'autre aspect saillant de la fiducie-sûreté est qu'elle bénéficie pour l'essentiel à un créancier qui est *banquier* : les fiducies spéciales sont réglementées dans le code monétaire et financier, et la fiducie-sûreté réglementée en 2009 (aux articles 2372-1 et 2488-1 et suiv. c. civ.) aurait également pu figurer dans le code monétaire et financier.
La propriété-sûreté appartient aux sûretés de première phase : le créancier fiduciaire gèle l'assiette de sa sûreté ; aucun créancier impayé ne peut le primer. L'objectif est donc d'obtenir un paiement prioritaire, en première place. Les conflits de sûretés réelles expliquent l'émergence des propriétés-sûreté[2].

(891- à 897. : réservés)

[1] Rapport de Xavier Roux, n°3655, rapport AN, 1er fév. 2007 : «Dans le cas des procédures préventives et collectives engagées à l'encontre d'entreprises en difficultés, par exemple, la fiducie-sûreté serait de nature à inciter les créanciers à faire preuve d'un peu plus de patience et de compréhension à l'égard du constituant débiteur. »
[2] Rapport de X. Roux, n° 3655, fait à l'Assemblée Nationale, 1er fév. 2007 : « L'institution en droit national d'une fiducie exerçant une fonction de sûreté présente peu d'attraits pour les garanties portant sur des biens immobiliers car l'hypothèque constitue d'ores et déjà une sûreté satisfaisante. En revanche, il en va tout autrement s'agissant des biens et des valeurs mobiliers, domaines dans lesquels l'incommodité et l'infériorité de rang du gage avec dépossession rehaussent les intérêts de la fiducie. »

Conclusion de la section 2ème

La propriété-sûreté

898. La **propriété-sûreté** est une sûreté contractuelle permettant à un créancier de transformer une propriété précaire (en titre) en propriété plénière, en cas de défaillance du débiteur. Grâce au mécanisme associant deux prérogatives de droit commun, action en revendication et compensation, le créancier, économiquement utile avec la propriété réservée, et économiquement prévoyant avec la fiducie-sûreté, est assuré d'obtenir un surclassement.

La liberté contractuelle des parties conduit à admettre que le débiteur achète des biens, sans que son patrimoine augmente (propriété réservée) ; ou bien, qu'il vend des biens dont il ne récupérera la pleine propriété qu'une fois la dette payée (propriété fiduciaire). Pendant le remboursement de la dette, cette propriété en titre sera une propriété précaire : elle est essentiellement destinée à paralyser les autres créanciers impayés. En cas de défaillance du débiteur (voire même avant), le créancier réclame l'exercice combiné de deux techniques classiques, l'action en revendication et la compensation :

- L'*action en revendication* transforme la propriété en titre en propriété plénière. C'est le déclencheur de la sûreté, exercé, en droit de la faillite, dans les trois mois de l'ouverture de la procédure collective. Dès qu'il obtient une propriété plénière (par la possession et l'abusus), le créancier récupère un actif, d'une valeur substantiellement supérieure à celle que procurait la propriété en titre.
- La compensation marque le moment auquel le créancier quitte la procédure de paiement. La valeur de l'actif récupéré se compense avec le moment de la dette impayée. Aucun autre créancier ne peut contester ce mode de règlement, admis en droit des procédures collectives.

Grâce à ces deux prérogatives, le créancier muni d'une propriété-sûreté obtient deux (voire trois) avantages. Il surclasse tous les autres : le paiement est intégral sur son assiette, sans aucune concurrence. Il obtient un paiement précoce, autorisé même pendant la faillite (droit au paiement immédiat).

899. L'émergence des propriétés-sûreté, à compter des années 1980, s'explique par une logique de conflits de sûretés réelles. Il s'agissait, pour les créanciers économiques, d'obtenir un **surclassement**, en suivant un mécanisme déjà connu, à savoir l'assimilation à une catégorie de créanciers munis de prérogatives efficaces.

On sait que les créanciers économiques ont réussi à obtenir, sur une assiette spéciale puis générale, le bénéfice de l'attribution judiciaire, en s'assimilant au créancier gagiste traditionnel (avec dépossession). Cette assimilation n'allait pas de soi : tandis que le créancier gagiste avec dépossession peut hésiter entre un paiement immédiat et un paiement différé sécurisé, le gagiste sans dépossession était un créancier économique, ne pouvant hésiter qu'entre accepter ou refuser le contrat. Ce créancier, en effet, devait nécessairement fournir immédiatement sa prestation, et espérer obtenir la contrepartie dans le futur. Avec l'attribution judiciaire, ces créanciers devenaient des propriétaires potentiels.

Ces mêmes créanciers ont obtenu un nouveau surclassement avec la propriété-sûreté, sur une assiette élargie. Économiquement, ils fournissent immédiatement leur prestation (bien vendu, avec la propriété réservée ; ouverture de crédit, avec la fiducie), alors que le débiteur ne remboursera que plus tard. Avec la défaillance du débiteur, le vendeur réservataire reprend les biens vendus, le créancier fiduciaire obtient le patrimoine fiduciaire : sur des biens en possession du débiteur, comme avec le gage sans dépossession, ces créanciers s'assimilent à un propriétaire actuel, grâce à l'action en revendication.

Le surclassement effectué par la propriété-sûreté est plus efficace que celui effectué avec le gage sans dépossession : il n'est plus nécessaire de devenir propriétaire (même dès la défaillance, avec le pacte commissoire), puisque leur propriété (en titre) est reconnue (et opposable à la faillite, depuis 1980). L'assiette porte sur des biens quelconques (fiducie-sûreté), identiques à ceux faisant l'objet d'un gage, mobilier ou immobilier, ou d'un nantissement. Marginalement, le report (droit au versement du prix) fonctionne de manière similaire. L'objectif est donc d'éviter toute concurrence : il n'y a qu'un seul propriétaire par bien. Les propriétés-sûretés permettent d'affecter un patrimoine à un seul créancier : par ce biais, le conflit de sûretés est évité.

Pour obtenir ce résultat, il faut néanmoins admettre l'action en revendication (ce qui n'est pas évident, en présence de biens en possession du débiteur) et la compensation portant sur des créances connexes (ce qui n'est pas évident non plus : la valeur de l'actif

récupéré ne donnera pas lieu à paiement). Si l'une de ces techniques venait à devenir inefficace, les propriétés-sûreté perdraient immédiatement leur attrait.

Conclusion de la 2ème partie
Le classement des sûretés réelles

Résumé

Le **classement des sûretés réelles** permet de savoir qui sera payé avant les autres lorsque des créanciers sont en conflit sur un même bien. Pour comparer les prérogatives identiques ou différentes, le critère pertinent de comparaison est le moment procédural auquel est mis en œuvre le déclencheur de la prérogative conférée par la sûreté réelle. Le créancier pourra alors obtenir un paiement de substitution et quitter la procédure d'exécution forcée après avoir obtenu son dû. En droit français, l'exécution forcée porte soit sur les revenus, soit sur les biens.

Sur les biens du débiteur, le classement donne la priorité à ceux qui sont, à un titre ou à un autre, assimilés à un propriétaire.

- Les premiers rangs sont occupés par les créanciers propriétaires en titre (fiduciaires, réservataires) avec l'action en revendication.
- Les seconds rangs par les créanciers exerçant l'attribution judiciaire, à savoir les créanciers gagistes (avec et sans dépossession) ou nantis, ainsi que les créanciers hypothécaires.
- Les troisièmes rangs par les créanciers bénéficiant d'une variété d'action directe-sûreté, exercée lors du versement du prix par le tiers-acquéreur, grâce notamment au report de leur droit : le classement entre les rétenteurs (effectifs et fictifs) et (depuis 2021) les créanciers munis d'un privilège mobiliers est inconnu.
- En quatrième rang, viennent les créanciers bénéficiant d'un droit de préférence. On sait que le classement sur les meubles n'obéit pas à la même logique que celui effectué sur les immeubles.

La saisie des créances détenues par le débiteur sur un tiers est fixé par la règle de l'antériorité.

- Le prélèvement à la source, en premier rang, est occupé par le créancier qui obtient une action directe-sûreté (de première phase). Il s'agit souvent du créancier fiduciaire ou nanti.
- Les créanciers saisissants, à raison d'une créance échue sur le débiteur, viendront ensuite, à la condition que la créance détenue sur le tiers soit disponible.

À la question, qui entre le banquier, le salarié, le fournisseur et le trésor public, doit être payé en premier ?, le droit français des sûretés donne la réponse suivante :

- Les créanciers économiquement prévoyants (fiduciaire, gagiste, nanti, hypothécaire), à savoir des banques, occupent globalement les premiers rangs, sur les biens et les revenus. Les créanciers économiquement utiles (fournisseurs) ne maintiennent leur rang que grâce à la propriété réservée.
- Le trésor public vient ensuite : il saisit les revenus disponibles (grâce à la saisie administrative à tiers-détenteur) et les meubles (mais avec une prérogative dévaluée : le droit de préférence).
- Les salariés subissent l'inflation des sûretés réelles.

900. Le **classement des sûretés réelles** a pour fonction de répondre à une question simple : *qui, parmi les créanciers d'un débiteur insolvable, sera payé prioritairement par rapport aux autres créanciers ?* Sachant que, en présence d'une pénurie, le paiement intégral de l'un est assuré par la réduction de la quote-part qui aurait été allouée aux autres créanciers en régime égalitaire, les conflits de sûretés réelles forment (logiquement) le cœur des sûretés réelles. C'est *la* question politique que doit résoudre le législateur : identifier les catégories de créanciers qui ont réussi à exclure les autres de l'accès (prioritaire) à la ressource.

Les *conflits de sûretés réelles* opposent des créanciers qui se disputent un même bien (techniquement une même assiette), afin d'obtenir un paiement de substitution avant les autres. Le paiement de substitution avant les autres permet d'effectuer un prélèvement intégral, et de ne laisser aux autres que le solde.

- Pour obtenir un paiement de substitution, un créancier doit exercer une des prérogatives conférées par sa sûreté réelle. Cette prérogative sera déclenchée après la défaillance du débiteur, mais elle ne pourra l'être que si elle n'est pas entravée ou gelée par la prérogative d'un autre créancier. Un créancier réservataire qui revendique et veut obtenir sa mise en possession sera gêné par le rétenteur effectif.
- La prérogative qui doit permettre d'obtenir un paiement de substitution sera mise en œuvre à un moment procédural précis : l'action en revendication est exercée lors de la saisie, l'attribution judiciaire lors de la vente, le report lors du versement du prix et le droit de préférence lors de la répartition des fonds. Le moment où le déclencheur de la prérogative est activé ne correspond pas au moment où est obtenu le paiement de substitution.

La technique, qui consiste à effectuer le classement, exprime un *choix politique*. En l'état actuel des choses, le droit positif n'exprime aucun savoir scientifique, ni aucune connaissance historiquement attestée : il s'agit de répartir la pénurie, en favorisant l'activité de certains créanciers (sécuriser le crédit, les ressources fiscales de l'État …), nécessairement en transférant sur les autres la charge de la pénurie.

- ceux sur qui la charge de la pénurie est transférée exigeront donc un paiement comptant ou refuseront tout délai de paiement ; si le risque d'impayé est trop important, ils refuseront d'occuper la position de créancier économique ;

– ceux qui financent une activité rentable du débiteur seront remboursés de leurs créances, et cela pourra favoriser le paiement d'autres catégories de créanciers, même en cas de pénurie.

Le bilan macro-économique des sûretés est une question économique propre, qui n'a donné lieu à aucune étude scientifique sérieuse[1]. On tiendra donc pour acquis que ce bilan n'exerce pas d'influence directe sur le classement effectué en droit français des sûretés réelles.

Le classement effectué par le droit français contemporain des sûretés réelles consiste donc à résoudre les conflits de sûretés réelles. Il exprime une politique menée par le législateur, dont la perception est rendue complexe par la technique.

901. La doctrine majoritaire affirme que la diversité des techniques employées **interdirait de classer**, car il serait impossible de comparer des prérogatives de nature différente.

Premièrement, la *diversité des prérogatives*, avec leurs conditions propres, le blocage admis (rétention effective) ou absent (le créancier hypothécaire ne bloque pas la vente de l'immeuble), interdirait la comparaison. Il serait donc impossible de classer un gagiste par rapport à un créancier fiduciaire ou un rétenteur effectif, en raison de l'absence de point de comparaison entre eux. Effectivement, si l'on décide de mélanger les prérogatives préventives (gelant l'assiette) et celles exercées lors de la procédure de saisie, les points de comparaison manqueront.

Deuxièmement, certains créanciers disposent de *prérogatives multiples* : ainsi, le créancier gagiste bénéficie de l'attribution judiciaire, du report de son droit de rétention (fictif ou effectif) et du droit de préférence. Potentiellement, il peut occuper plusieurs places en même temps. Les prérogatives diverses coexistent. En pratique, toutefois, le créancier n'exercera qu'une seule de ses prérogatives, en fonction de son intérêt bien compris.

Troisièmement, ces prérogatives diverses *se modifient en fonction de la situation du débiteur.* Ainsi,

– Le créancier hypothécaire ne dispose pas de l'attribution judiciaire quand le logement sert de résidence principale au débiteur particulier (art. 2451 c. civ.[2]).

– Le classement (complexe) du droit de préférence prévu en droit civil connaît des inflexions importantes en cas de liquidation judiciaire du débiteur professionnel, ce qui impose de distinguer selon que le débiteur est un professionnel en liquidation judiciaire ou dans une situation autre.

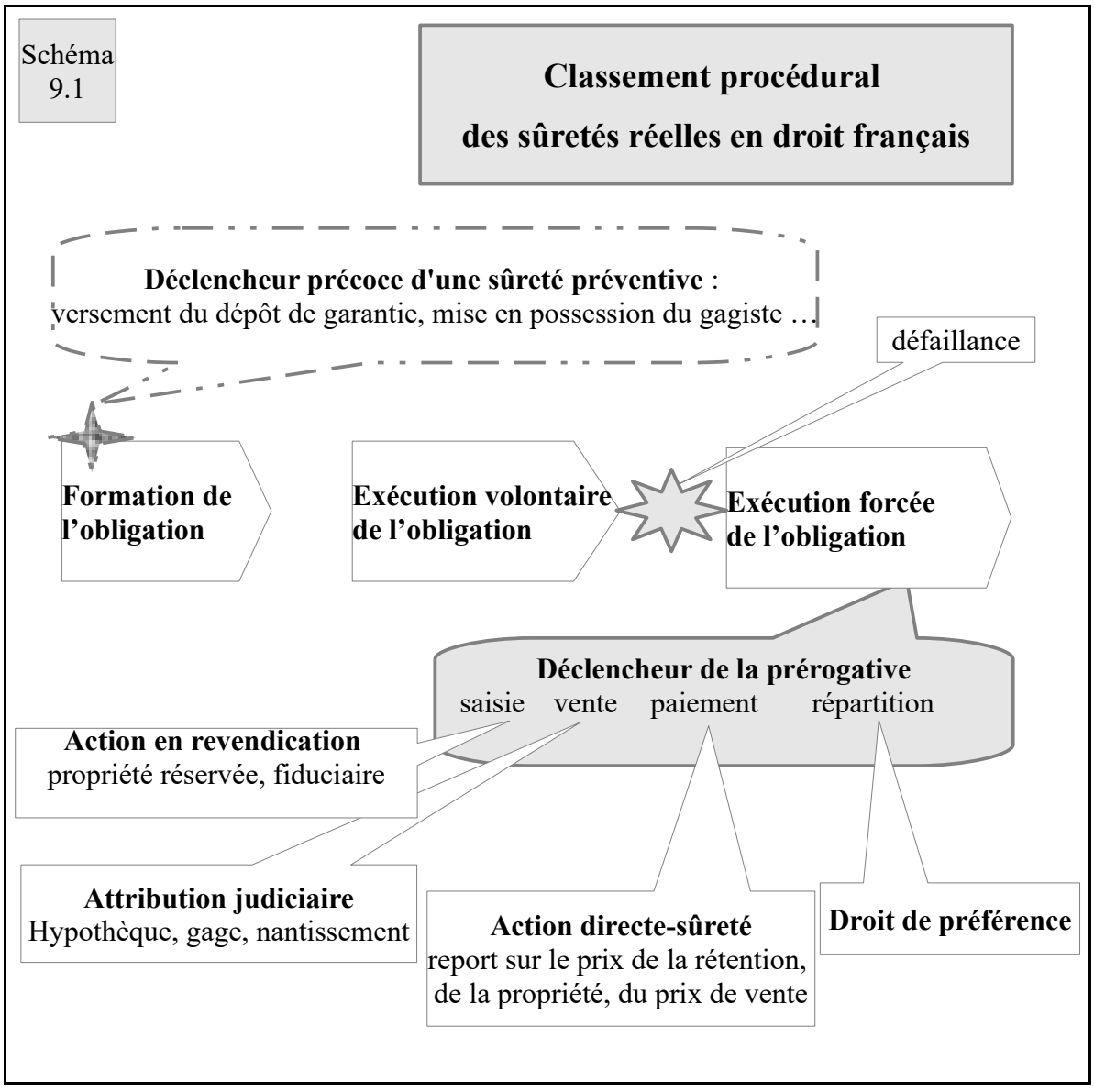
– Une même prérogative possède une efficacité variable. Un salarié dispose d'une bonne chance sur l'immeuble, mais pas sur les meubles. La règle de la subsidiarité

[1] Parmi d'autres études, on peut citer John Kenneth Galbraith, (Money, Whence it came, where it went, 1975) *L'argent*, traduit de l'anglais par Daniel Blanchard, 1994, Gallimard, Folio histoire. Étude sur les relations entre activité économique et mécanisme d'inflation aux Etats-Unis.

[2] Art. 2451 c. civ. : « Le créancier hypothécaire peut aussi demander en justice que l'immeuble, s'il ne constitue pas la résidence principale du constituant, lui demeure en paiement. »

(imposant au salarié impayé de saisir d'abord les meubles, à défaut les immeubles de son employeur) conduit à exercer une prérogative en deux temps, ce qui interdit la comparaison avec la plupart des autres prérogatives.

Dans ces conditions, la doctrine majoritaire adopte du conflit des sûretés réelles une *vision restreinte* : le conflit supposerait qu'il existerait une opposition entre plusieurs créanciers d'un même débiteur, munis de prérogatives identiques ayant pour assiette un même bien (ainsi, deux gagistes réclamant l'attribution judiciaire d'un même bien appartenant au débiteur). La doctrine est alors amenée, lorsque des créanciers s'opposent par des prérogatives différentes, à parler de créanciers « hors classement ». Les arguments de la doctrine majoritaire peuvent néanmoins être contestés.



902. En droit français des sûretés réelles, un **critère** permet de comparer l'efficacité de prérogatives différentes ou identiques : le moment procédural exact auquel une

prérogative est déclenchée permettra au créancier d'obtenir un certain type de paiement de substitution.

La date de *mise en œuvre d'une prérogative* correspond au moment procédural au cours duquel le créancier réussit à court-circuiter la procédure d'exécution forcée de droit commun. À ce moment, le débiteur est défaillant. Mais le déclenchement d'une prérogative peut être bloqué par l'exercice d'une autre prérogative, notamment déclenchée à titre préventif :

- tout bien retenu effectivement (gage avec dépossession ; rétention simple) ou fictivement (gage sans dépossession) par un créancier interdit aux autres de pouvoir déclencher leur prérogative, tant que dure la rétention ;
- une prérogative exercée à titre préventif (comme le dépôt de garantie) peut permettre à un créancier d'exercer seul sa prérogative, et d'obtenir la compensation. Le créancier transformera sa propriété précaire en propriété plénière, en évitant tout conflit avec d'autres créanciers.

Lorsqu'une prérogative est exercée, elle aboutira à un paiement de substitution à un moment précis et selon une technique particulière.

- La technique la plus efficace pour éteindre une créance impayée est celle de la compensation : le montant du dépôt de garantie ou la somme versée par le débiteur cédé se compensent avec la dette impayée du débiteur ; la valeur du bien gagé se compense avec la dette impayée. La compensation exercée en droit des sûretés possède un trait spécifique : elle a lieu pendant l'exécution forcée (alors que la compensation de régime général des obligations surtvient pendant l'exécution volontaire).
- En droit des sûretés, la compensation permet même l'extinction anticipée de la dette garantie dès qu'elle vient à échéance. On sait que les fruits produits par la chose nantie ou gagée (art. 2345 c. civ.[1]) ou faisant l'objet d'une fiducie (art. 2474-4 c civ.[2]) se compensent immédiatement avec la dette (d'abord sur les intérêts, ensuite sur le capital), en l'absence de toute défaillance du débiteur. La compensation a lieu pendant l'exécution volontaire, mais précocement en droit des suretés (en suivant la logique de la compensation contractuelle du régime général des obligations).

[1] Art. 2345 c. civ. : « Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette. »

[2] Art. 2374-4 c. civ. : « Lorsque le cessionnaire n'a pas la libre disposition de la somme cédée, les fruits et intérêts produits par celle-ci accroissent l'assiette de la garantie, sauf clause contraire. »

– Le paiement de substitution le moins efficace (car le plus tardif) est effectué lors de la phase de répartition, par un paiement au sens technique du terme : le créancier (de premier rang) ayant invoqué son droit de la préférence prélève avant les autres. Si sa prérogative exercée s'avère inefficace, le créancier deviendra un créancier chirographaire.

Le point de comparaison qui permet de classer les prérogatives des sûretés réelles et de résoudre les conflits entre créanciers est celui du *moment auquel une prérogative est déclenchée* : ce moment procédural est déterminant dans l'efficacité d'une sûreté réelle, puisqu'il fixe le moment à partir duquel il court-circuite la procédure d'exécution forcée, en prélevant son dû. Il revendique ; il devient propriétaire ; il est payé par un tiers ; il est colloqué lors de la répartition des fonds. Ce critère permet de comparer entre elles toutes les prérogatives (identiques ou différentes) octroyées par les sûretés réelles et de résoudre les conflits entre les créanciers.

902-1. Le blocage résultant de la rétention (d'une somme d'argent ou d'un bien), et plus généralement du déclenchement préventif d'une sûreté, ne sera efficace que s'il reste **opposable** aux autres.

En présence d'une rétention, le législateur décide que la liquidation judiciaire du débiteur professionnel entraîne le report. Le législateur décide donc que le rétenteur ne pourra pas s'opposer aux opérations de liquidation : la rétention devient inopposable, d'où le report. Le rétenteur ne peut alors plus interdire la vente forcée du bien, et l'obtention de l'attribution judiciaire au gagiste (vente : 2ème phase). Mais peut-il paralyser la mise en possession du créancier réservataire ou fiduciaire, lorsque ce dernier revendique ou (saisie : 1ère phase) ?

En décidant que la cession de créance, dans le cadre d'une sûreté contractuelle, devient inopposable à la faillite, les rédacteurs de l'ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des procédures collectives ont rendu inopposable le nantissement de créance et la cession fiduciaire de créance (art. 622-21 IV c. com.[1]). C'est un déclassement.

(903. : réservé)

[1] Art. L 622-21 IV c. com. : « Le même jugement [d'ouverture] interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur.
« Toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture. (...) ».

904. Comme la prérogative conférée par une sûreté réelle est déclenchée lors de l'exécution forcée, il faudra donc suivre la logique de la procédure d'exécution forcée, en distinguant selon l'objet de la saisie :

- soit le créancier saisit un bien (individualisé) figurant dans le patrimoine de son débiteur, lors des opérations de liquidation du patrimoine (I) ;
- soit le créancier exerce une saisie sur une créance (somme due par un tiers), en effectuant un prélèvement à la source (II).

I/ Le classement sur les biens du débiteur

905. Le **classement sur les biens du débiteur** correspond à la liquidation des biens du débiteur, lesquels seront donc transformés en monnaie en suivant la procédure (de droit commun) en quatre phases. Lors de chacune de ces phases, le déclenchement de certaines prérogatives permet d'effectuer des prélèvements.

Lors de la *phase de saisie*, un créancier, invoquant sa qualité de propriétaire, exerce l'action en revendication d'un bien qui lui appartient. Les créanciers réservataire et fiduciaire obtiennent alors une propriété plénière.

- Ces créanciers bénéficient d'une sûreté déclenchée préventivement, grâce à la détention du titre de propriété. Ils ne sont en concours avec aucun autre créancier, puisqu'il n'y a qu'un seul propriétaire par bien.
- L'action en revendication est le déclencheur de leur sûreté. C'est le moment auquel la procédure d'exécution forcée est court-circuitée.
- Ces créanciers quitteront la procédure lorsqu'ils auront invoqué la compensation (effectuée entre la valeur du bien repris et le montant de la dette impayée). Leur créance est éteinte.
- Si la valeur reprise excède le montant de la dette, une soulte sera versée (3ème phase), pour attribution (4ème phase) aux autres créanciers.

  Les créanciers bénéficiant d'un déclencheur lors de la phase de saisie sont des créanciers économiquement utiles (créancier réservataire) et des créanciers économiquement prévoyants (créancier fiduciaire).

Lors de la *phase de vente forcée*, l'attribution judiciaire est exercée par le créancier gagiste (avec ou sans dépossession) et le créancier nanti, ainsi que par le créancier hypothécaire (ou assimilé)[1].

[1] Lorsque l'immeuble hypothéqué ne sert pas de résidence principale au débiteur, personne physique.

– Le déclencheur de l'attribution judiciaire donne lieu à des conflits, car plusieurs créanciers (gagistes et nantis) sont investis de cette prérogative, mais un seul l'obtiendra. La résolution du conflit n'est pas connue. On ignore si la rétention interfère avec cette prérogative.

– Le paiement de substitution obtenu par le créancier obtenant l'attribution judiciaire a lieu par compensation. Comme dans le cas précédent, si la valeur reprise excède le montant de la dette, une soulte sera versée (3ème phase), pour attribution (4ème phase) aux autres créanciers.

Pour l'essentiel, l'accès à cette prérogative est réservé aux créanciers contractuels (suffisamment puissants pour en imposer la conclusion) économiquement prévoyants (banquiers). Il faut disposer d'une créance en rapport avec la valeur du bien, ce qui est le cas des banques : elles sont garanties pour des créances futures et rechargeables.

La phase de *versement du prix* par le tiers-acquéreur prend la forme du report (du droit de rétention ; du privilège mobilier : art. 2330 al.3 c. civ.[1]), de la cession de créancier (cession fiduciaire ou nantissement de créance) et de l'action directe-sûreté (exercée en cas de saisie).

– Cette modalité de paiement de substitution comprend deux cas de figure :

  – Soit le tiers-acquéreur est, en réalité, le créancier qui a déjà récupéré son bien (propriété réservée ou fiduciaire) ou celui qui a obtenu l'attribution judiciaire. Seul le solde sera versé.

  – Soit le tiers-acquéreur est un tiers qui verse le montant de la valeur du bien.

– Le classement entre les créanciers prélevant selon cette modalité est inconnu. On ignore également comment cette prérogative s'articule avec la rétention, prérogative préventive permettant de geler les prérogatives des autres créanciers.

Pour l'essentiel, les créanciers bénéficiant du droit au versement du prix sont des créanciers économiquement utiles (réparateurs) ainsi que le trésor public et des créanciers sociaux (munis d'un privilège mobilier général : les salariés, les frais

[1] Art. 2330 (ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021) c. civ. : « Les privilèges mobiliers sont accordés par la loi.
« Ils sont généraux ou spéciaux.
« Les dispositions légales qui les régissent sont d'interprétation stricte.
« Ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers. Sauf disposition contraire, ils ne confèrent pas de droit de suite. Ils se reportent sur la créance de prix du débiteur à l'égard de l'acquéreur. »

de justice). Les créanciers économiquement prévoyants en disposent également, mais uniquement en cas de liquidation judiciaire du débiteur professionnel.

Enfin, la phase de *répartition* des fonds collectés permet de payer les créanciers invoquant leur droit de préférence.

- Cette modalité de paiement de substitution sera exercée dans deux cas de figure :
  - Soit les fonds versés correspondent aux reliquats laissés par les créanciers ayant déjà prélevé leur dû (supra) : la soulte versée par le créancier gagiste ayant obtenu l'attribution judiciaire, donnant éventuellement lieu à prélèvement lors du versement du prix, sera résiduelle.
  - Soit les fonds versés correspondent à peu près à la valeur des biens vendus aux enchères publiques et payés (au sens technique du terme) par le tiers-acquéreur.
- La résolution de conflit entre créanciers donne lieu à un classement légalement prévu. En présence d'un débiteur quelconque, les fonds sont répartis différemment en fonction de leur origine meuble ou immeuble :
  - sur les meubles, le trésor public est classé en premier rang, les créanciers économiques (assiette spéciale) l'emportent sur les créanciers sociaux (assiette générale) ;
  - sur les immeubles, les salariés et les frais de justice occupent les premiers rangs et l'emportent sur les créanciers économiques.

Déclencheur	Type de sûreté réelle	Assiette de la sûreté	Prérogative	Catégorie ou intérêt protégé
1ère phase	Fiducie	Meubles Immeubles	Action en revendication	Créancier contractuel prévoyant (banque)
	Propriété réservée	Bien vendu	Action en revendication	Créancier contractuel utile (fournisseur)
2ème phase	Gage	Meuble corporel présent ou futur	Attribution judiciaire	Créancier contractuel prévoyant (banque)
	Nantissement	Meuble incorporel présent ou futur	Attribution judiciaire	Créancier contractuel prévoyant (banque)
	Hypothèque	Immeuble présent	Attribution judiciaire (sauf exception)	Créancier contractuel prévoyant (banque)
3ème phase	Rétention	Meuble corporel présent	Report	Créancier contractuel utile (prestataire)
	Privilège mobilier général	Tous les meubles présents	Report	Créanciers sociaux (salaires, frais de justice, sécurité sociale, trésor public)
	Privilège mobilier spécial	Meubles présents	Report	Créanciers économiquement utiles (vendeur, conservateur), bailleur
4ème phase	Privilèges mobiliers généraux et spéciaux	Tous les meubles présents	Droit de préférence	- Trésor public - créanciers économiques - créanciers sociaux - créanciers postérieurs
	Chirographaires	Tous les biens	Droit de gage général	

909. Les opérations de liquidation des biens figurant dans le patrimoine du débiteur défaillant permettent d'identifier les catégories de créanciers qui occupent les premiers rangs. À la question, *qui du banquier, du fournisseur, du trésor public ou du salarié faut-il payer en priorité ?*, il convient donc de répondre :

Le *banquier*, créancier contractuellement puissant et économiquement prévoyant, bénéficie des sûretés réelles les plus efficaces : il peut devenir propriétaire plénier de biens dont il avait la propriété en titre (fiducie) ou la possession (gage avec

dépossession, nantissement de brevets ou de comptes) ou encore de biens demeurés en possession du débiteur (gage sans dépossession).

Le *fournisseur*, s'il dispose de la puissance contractuelle suffisante, bénéficiera de sûretés efficaces grâce à la propriété réservée. Propriétaire en titre, il ne subit pas la concurrence du banquier, puisqu'il n'existe qu'un seul propriétaire par bien.

En droit positif français, sur les biens individualisés du débiteur défaillant, le banquier et le fournisseur sont payés chacun en premier grâce à des sûretés contractuelles permettant de devenir propriétaire plénier de biens souvent en possession du débiteur. Ces créanciers peuvent alors invoquer la compensation, et transférer effectivement la charge de la pénurie sur les catégories autres de créanciers : trésor public, salariés … Ces catégories de créanciers chercheront à prélever les revenus de leur débiteur.

II/ Le classement sur les créances : *l'action directe-sûreté*

910. Le **classement sur les créances** dues au débiteur défaillant sera effectué par la technique de l'action directe, en suivant le modèle de la cession de créance. Le débiteur cédé paiera non plus son ancien créancier (cédant), mais le nouveau créancier, cessionnaire ou saisissant.

L'efficacité du prélèvement à la source d'une créance est acquise par l'*opposabilité aux tiers combinée à la compensation*.

- Ce prélèvement à la source devient opposable au sous-débiteur (cédé) dès qu'il en est informé ; et aux autres créanciers dès la date de l'acte (de cession, de nantissement ou de saisie), en principe (et sauf exceptions).
- En présence d'un conflit entre créanciers, la date d'opposabilité établira le classement fondé sur la règle de l'antériorité ;
- Le paiement effectué par le débiteur cédé se compense avec le montant de la créance impayée ou à payer.

L'*assiette de l'action directe* porte sur toute créance ou somme due par un tiers (cédé) au débiteur défaillant (cédant) : prix de vente ou de cession, salaire, fruits issus d'un placement financier ou d'un loyer, créance détenue sur un client etc... Dès que le

débiteur cédé est informé de l'identité du cessionnaire, il devra payer directement ce dernier. Il s'ensuit que :

- le paiement effectué par le cédé avant que la dette du débiteur vienne à échéance transforme l'action directe en dépôt de garantie. Il sera restitué au débiteur si ce dernier paye, il se compensera avec sa dette en cas d'impayé ;
- lorsque la dette du débiteur est échue et impayée, la dette pendante du cédé se compensera avec elle, dès que le cédé paiera.
- Tant que la dette du débiteur est pendante, le créancier bénéficie de la rétention, mesure préventive qui interdit à tout autre créancier de saisir la créance.

L'opposabilité, la rétention et le paiement par compensation font de l'action directe-sûreté une sûreté efficace. Le créancier (cessionnaire) devient indifférent aux mesures de protection dont son débiteur pourrait bénéficier : sauf application d'une exception issue du droit de la faillite (art. 622-21 IV c. com.[1]).

911. Le prélèvement à la source devenant opposable aux autres créanciers par la date de constitution de la sûreté, la règle de l'antériorité conduira probablement à payer selon l'ordre suivant :

- Au premier rang (prélèvement à la source), viennent les créanciers fiduciaire et nanti[2] (créanciers économiquement prévoyants). qui peuvent utiliser la cession de créance. Cette sûreté contractuelle est opposable dès sa constittution ; elle garantit sur une dette à échoir ; son assiette inclut les revenus disponibles (présents et futurs) du débiteur ;
- Au second rang, les créanciers saisissants (avec notamment la saisie administrative à tiers détenteur effectuée rapidement par le trésor public, grâce à son privilège du préalable) exerceront leur prérogative en présence d'une dette présente échue et impayée. En cas d'ouverture d'une procédure de faillite, l'ensemble des créanciers (y compris le trésor public) est soumis au gel des paiements.

[1] Art. L 622-21 IV c. com. : « Le même jugement [d'ouverture] interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur.
« Toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture. (...) ».
[2] Incluant le créancier saisissant dont le titre est antérieur à la faillite, à raison d'une créance à exécution successive.

Les revenus disponibles et perçus par le débiteur (en faillite) seront donc limités. On notera que certains créanciers (soumis au droit des procédures collectives) auront le droit d'obtenir un paiement immédiat (sans ou avec autorisation du juge-commissaire) : en l'absence de paiement de substitution, il ne s'agit pas de sûreté réelle. En revanche, la compensation des dettes connexes permet d'éteindre une dette impayée.

> **911-1.** Parmi les créanciers bénéficiant du **droit au paiement immédiat**, on notera la présence de nombreux créanciers munis de sûretés réelles. L'autorisation donnée par le juge-commissaire sera formelle en présence de créanciers « rentables »[1] (soit le juge-commissaire paye immédiatement, soit les biens font l'objet d'une action en revendication exercée par le réservataire ou le fiduciaire : art. 624-16 c. com.[2]). Elle ne le sera pas en présence de créanciers sociaux, comme les salariés : en l'absence d'autorisation, le paiement est irrégulier et doit être restitué (Com., 3 mai 2016[3]).
>
> Aucune autorisation judiciaire n'est nécessaire en présence d'un paiement par compensation. Les créanciers économiquement prévoyants (fiduciaire et nanti) prélèvent à la source les revenus qui leur sont affectés. Les autres créanciers ne disposeront que des revenus effectivement perçus par le débiteur.

912. Le **classement sur les revenus du débiteur défaillant** (techniquement, sur les créances détenues par le débiteur sur un tiers) conduit donc, là encore, à donner les premiers rangs aux créanciers contractuellement prévoyants.

Le *banquier* (créancier économiquement prévoyant) occupe à peu près systématiquement les premiers rangs.

Le *trésor public*, avec sa saisie administrative à tiers-détenteur, est un créancier saisissant comme un autre : sauf exception, il doit respecter la règle de l'antériorité.

Le *salarié,* pour sa part, subit un déclassement continu depuis les années 1980. Malgré les apparences (superprivilège, obtenu en 1985), le salarié doit éviter de faire crédit à son employeur. En l'état actuel des choses, le paiement des salaires n'est véritablement

---

[1] Lorsque, en présence de fonds suffisants, le juge-commissaire autorise le paiement d'un créancier en comparant la valeur de sa créance avec celle de l'actif sur lequel il détient une prérogative (titre de propriétaire, rétention fictive ou effective). Un tel paiement s'effectue donc sur des fonds qui ne sont pas prélevés sur l'assiette dévolue à ces créanciers économiquement prévoyants (gagiste, nanti, fiduciaire, réservataire).

[2] Art. L 624-16 c. com. : « Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre
précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant. / (…) / (…).
« Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17. »

[3] Com., 3 mai 2016, n°14-24.855, Bull. n°376 ; D. 2016, p. 997 ; JCP E 2016, II, 1387, note Delphine Ronet-Yague ; Bull. Joly entreprises en difficulté 2016, p. 262, note Laurent Le Mesle.

assuré que par une sûreté personnelle (AGS), quand l'employeur est en procédure collective (les salariés étant alors des créanciers postérieurs[1]) ; le droit de préférence (salaire ordinaire) est d'un rang très modeste (sur les meubles).

913. En **droit français des sûretés réelles**, il est donc possible de répondre à la question de savoir qui sera payé prioritairement, entre le banquier, le salarié, le trésor public et le fournisseur. Actuellement, sur les biens et les créances d'un débiteur défaillant, le banquier occupe les premiers rangs, avec quelques fournisseurs ; le trésor public occupe les seconds rangs, et les salariés désormais les derniers.

Ce classement général est le produit d'un *rapport de force complexe*, qui trouve son explication dans la tension qui traverse le droit des sûretés. Pour rappel, la protection du débiteur en droit de la faillite explique le développement des garanties, sous la pression des banques.

– On sait que le législateur français a décidé de *dévaluer le titre chirographaire*, en exposant le créancier à un risque important d'impayé. En droit de la faillite (droit des procédures collectives ; droit du surendettement), il est devenu hautement improbable qu'un créancier chirographaire puisse obtenir un paiement partiel sur les biens ou revenus du débiteur. Réserve faite de quelques exceptions (droit au paiement immédiat au profit du créancier alimentaire, si du moins le débiteur dispose de revenus saisissables), le créancier commun est en général exposé à un risque d'impayé majeur ;

– Pour réduire ce risque, le créancier doit obtenir une sûreté. Mais le législateur français s'est engagé dans une politique d'*inflation des sûretés réelles* qui conduit des catégories de créanciers à continuer à être toujours exposées à un risque important d'impayé, malgré la détention d'une sûreté réelle. Les créanciers sont donc confrontés à une alternative : soit refuser le risque (en exigeant un paiement comptant, lorsque c'est envisageable) et donc le contrat, soit obtenir une sûreté efficace.

– La création des garanties réelles s'explique donc par la volonté du législateur de maintenir (ou développer) l'activité dans certains secteurs économiques : tant que l'économie française (marché immobilier, investissement

[1] Selon Com., 21 sept. 2010, n°09-68.604, D. 2010, p. 2223, note Alain Lienhard, deux catégories de salaires ordinaires sont à distinguer : ceux qualifiés de « créances postérieures », et ceux qualifiés de « créances antérieures », encore moins bien classées que les premières, lorsque le débiteur professionnel fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

des entreprises, crédit à la consommation ...) dépend du crédit bancaire, il faudra que les banques disposent de sûretés réelles efficaces. Si, à l'inverse, on peut se passer du secteur bancaire, le prêteur (comme c'était le cas au XIX^e^ siècle) disposera de prérogatives mesurées (gage avec dépossession ; hypothèque exposant au surclassement par certains créanciers privilégiés, comme les salariés ou les frais de justice). Ceux qui n'auront pas accès au crédit, faute de garantie suffisantes, resteront locataires (d'immeuble, de biens d'équipement) ou paieront comptant.

Le classement des sûretés réelles, en droit français, est donc le produit d'une politique qui a été menée (consciemment ou non) par le législateur français. Sa politique de la dette (en régime général des obligations) et sa politique des collatéraux (en droit des sûretés) imposent des conséquences mécaniques :

- si l'on veut doper l'activité économique (par le crédit bancaire), il faut réserver les sûretés efficaces aux banquiers. Ceux qui perçoivent des revenus (fiscaux, sociaux, salaires) sur les activités financées par les banques doivent accepter d'être payés après ;
- si l'on accepte de mener une politique déflationniste (en imposant le paiement comptant des acquisitions portant sur des immeubles, des matériels d'équipement et des fournitures), le rôle secondaire joué par le secteur bancaire se traduira par la perte de rang de ses sûretés.

La conclusion est donc que le classement des sûretés réelles dépend moins de considérations morales que de choix économiques de fond. Si l'on veut que certaines catégories de créanciers (les salariés, les sous-traitants, le fisc...) occupent les premiers rangs (au nom de telle ou telle exigence morale), il faut en payer le prix économique : on ne peut pas avoir besoin du crédit bancaire est prétendre payer prioritairement les salariés ou le trésor public.

Table des matières

Introduction au droit des sûretés 1

§1er/ Le mécanisme de la sûreté : la réduction du risque d'impayé 12

I/ La prérogative spécifique procurée par la sûreté 14

1/ Le caractère accessoire de la sûreté : une obligation réelle de principe 15

2/ Le paiement de substitution 19

II/ Le déclenchement de la sûreté : après voire avant l'impayé 24

1/ Le déclenchement après la défaillance : le paiement de substitution 25

2/ Les mesures préventives (avant la défaillance) 28

§2ème/ Les sûretés de droit positif : l'efficacité relative des sûretés 32

I/ Les interactions entre le droit des sûretés et les droits connexes 34

1/ La protection du débiteur en faillite 35

2/ L'influence du droit bancaire sur le droit des sûretés 40

II/ Le régime de chaque sûreté : l'encadrement des prérogatives du créancier 42

1ère partie

Les sûretés personnelles 47

Chapitre 1er / Le cautionnement 49

section 1ère / La formation du cautionnement 59

§1er/ L'objet du cautionnement : les obligations de la caution 60

I/ Les obligations essentielles de la caution : la règle de la double limite 61

1/ L'obligation de couverture : les dettes garanties par la caution 63

a/ La couverture d'une dette quelconque 63

b/ L'exigence d'une dette valide 66

2/ L'obligation de règlement : le montant maximal dû par la caution 72

a/ Le montant maximal affecté au paiement : la liberté contractuelle 72

b/ L'obligation de règlement d'une caution personne physique : l'exigence d'un engagement pour un montant raisonnable 74
II/ Les suites sous-entendues de l'engagement de la caution 78
1/ Le déclencheur du cautionnement : cautionnement simple ou solidaire 79
a/ Le cautionnement simple : la discussion préalable des biens du débiteur 79
b/ Le cautionnement solidaire : un déclencheur précoce 84
2/ L'étendue tacite de l'obligation de couverture de la caution 88
a/ L'inclusion des frais dans l'obligation de couverture 89
b/ L'inclusion des restitutions dans l'obligation de couverture 91
III/ Les clauses réputées non écrites : les clauses abusives en droit du cautionnement ? 93
1/ La durée de l'obligation de couverture 93
a/ Le principe de l'obligation de résilier 95
b/ Les exceptions : la cessation de l'obligation de couverture 96
2/ La renonciation de la caution au recours subrogatoire 100

§2ème/ Le consentement des parties au cautionnement 103
I/ L'existence du consentement au contrat de cautionnement 104
1/ Les pouvoirs de la caution 105
a/ La capacité requise pour se porter caution 106
b/ Le pouvoir d'engagement de la caution 108
2/ Le contrôle de la solvabilité de la caution 111
II/ L'expression du consentement : la mention écrite par la caution 114
1/ La mention apposée par la caution personne physique : une règle de forme 115
2/ L'expression de la volonté de la caution, personne morale 120
III/ L'absence de vices du consentement : les informations à livrer par le créancier 122
1/ L'erreur sur l'insolvabilité présente du débiteur : la caution "vrai tiers" 123
2/ L'obligation de mise en garde : l'endettement « inadapté » du débiteur 127
Conclusion de la section 1ère 130

section 2ème / L'exécution du cautionnement 133

§1er/ Les exceptions dérivant de l'accessoire : le paiement à échéance du créancier 139
I/ La décision du créancier de modifier la durée initialement prévue 140
1/ Le délai conventionnel de paiement : la triple option de la caution 141
2/ La déchéance du terme : la liberté contractuelle 143
II/ La modification judiciaire du contrat principal 146
1/ Les mesures homologuées par le juge en raison des difficultés du débiteur 147
2/ Les mesures imposées par le juge 150
3/ L'exception : la caution personne physique garantissant un débiteur en sauvegarde 151

§2ème/ Les exceptions rattachées aux devoirs secondaires du créancier 154
I/ Les devoirs secondaires généraux : pesant sur tout créancier envers toute caution 155
1/ La privation du recours subrogatoire : la perte des sûretés réelles 155
a/ La faute préjudiciable commise par le créancier 156
b/ La déchéance du créancier fautif à mesure du dommage subi par la caution 158
2/ L'information sur la défaillance du débiteur 162
II/ Les devoirs secondaires spéciaux : l'information sur l'exécution du débiteur 164
1/ Les différentes informations sur l'exécution du débiteur 165
a/ L'information annuelle de certaines cautions 166
b/ L'information sur la défaillance du débiteur 168
c/ La retransmission de l'information destinée à certaines sous-cautions 169
2/ La sanction du défaut d'information : la réduction de l'obligation de couverture 172

§3ème/ Les recours de la caution : l'action en remboursement 177
I/ Le recours de la caution contre le débiteur : le remboursement final 178
1/ Le recours exercé contre le débiteur principal 178
a/ Le recours personnel : la caution, créancier chirographaire 179
b/ Le recours subrogatoire : le transfert des sûretés réelles 182
2/ Les recours spécifiques en remboursement 184
a/ Le recours en remboursement exercé contre le créancier 185
b/ L'action en remboursement exercée contre la sous-caution 186
c/ L'action en remboursement en présence de codébiteurs solidaires 187
d/ La mesure préventive envers le débiteur 188
II/ Le recours contre les autres cautions (cofidéjusseurs) 190
1/ Les exceptions opposables par la caution poursuivie 191
a/ Les clauses du contrat de cautionnement : l'exercice des bénéfices de discussion et de division 192
b/ Les exceptions tirées de la violation des devoirs secondaires du créancier : la réduction de l'obligation de couverture ou de règlement 196
2/ L'exercice du recours par la caution solvens 198
Conclusion de la section 2ème 202
Conclusion du chap. 1er 203

Chapitre 2ème / Les garanties personnelles 205

section 1ère / Les garanties personnelles principales 211

§1er/ La formation des garanties principales : la liberté contractuelle des parties 213

I/ La lettre d'intention : la promesse du soutien 214

1/ L'objet de la lettre d'intention : le « soutien dans l'exécution » 215

2/ Le consentement des parties à la lettre d'intention 220

II/ Le porte-fort d'exécution : la promesse de l'exécution par le débiteur 224

1/ L'objet du contrat de porte-fort : l'exécution de l'obligation ou de la prestation 225

2/ Le consentement au contrat de porte-fort d'exécution 231

III/ La solidarité-sûreté : la promesse du coobligé 234

1/ L'objet de la promesse du garant, coobligé solidaire 236

2/ Le consentement du garant coobligé : la signature du contrat 240

§2ème/ L'exécution des garanties principales 243

I/ L'action en paiement exercée par le créancier contre le garant principal 244

1/ La responsabilité contractuelle du garant 245

2/ La sauvegarde du débiteur professionnel 249

II/ Le recours en remboursement exercé par le garant 251

1/ Le seul recours personnel : l'enrichissement injustifié, sauf contrat spécifique 251

2/ Le montant du recours en remboursement exercé contre le débiteur 253

Conclusion de la section 1ère 255

section 2ème / Les garanties indépendantes 261

§1er/ La délégation-sûreté : la délégation imparfaite 263

I/ La formation de la délégation imparfaite 264

II/ L'exécution de la délégation imparfaite 269

1/ Le paiement réclamé par le délégataire (créancier) au délégué (garant) 270

2/ Le recours en remboursement du délégué (garant) 271

§2ème/ La garantie autonome 272

I/ La formation de la garantie autonome 274

1/ Le contenu de la garantie autonome : une garantie « indépendante » 274

a/ L'objet de la garantie autonome: les trois paramètres à fixer 275

b/ Le but de l'obligation du garant 277

2/ Une liberté contractuelle faiblement encadrée 279

a/ Le domaine de la garantie autonome : quelques exclusions à but social 279

b/ La conclusion de la garantie autonome : un contrat quelconque 281

II/ L'exécution de la garantie autonome : une vocation à l'automaticité 284
1/ Une force obligatoire quasi-automatique : sauf fraude manifeste du créancier 284
a/ La limite de la fraude manifeste : l'abus de droit 284
b/ La procédure collective de sauvegarde du débiteur professionnel : l'opposabilité par le garant personne physique 287
2/ L'absence de devoirs secondaires pesant sur le créancier 289
III/ Le recours du garant autonome : le silence de la loi 290
1/ Le recours personnel contre le débiteur 290
2/ Le recours du garant autonome contre le créancier ? 292
Conclusion de la section 2ème 297
Conclusion du chapitre 2ème 298
Conclusion de la 1ère partie 302

2ème partie
Les sûretés réelles 305

Chapitre 1er/ Les sûretés réelles classiques 319

section 1ère / Le droit de préférence 322
§1er/ La classification des sûretés réelles : selon l'assiette des biens 323
I/ Les privilèges généraux : une assiette portant sur des masses de biens 324
1/ Les privilèges mobiliers généraux : la masse des meubles 324
a/ Les privilèges du code civil : la préservation de la personne 324
b/ Les privilèges extérieurs au code civil 328
2/ Les privilèges immobiliers généraux 334
II/ Les privilèges spéciaux : la protection de certains créanciers économiques 338
1/ Les privilèges de certains créanciers économiquement utiles 339
a/ Les privilèges mobiliers spéciaux : le conservateur et le vendeur 340
b/ Les hypothèques légales spéciales : le vendeur et le prêteur 344
2/ Les sûretés réelles des créanciers économiquement prévoyants 347

§2ème/ La hiérarchisation des droits de préférence 351
I/ Le classement du droit de préférence sur les meubles 353
1/ Le classement des sûretés mobilières spéciales 355
2/ Le classement des privilèges mobiliers généraux 359

3/ Le classement général sur les meubles 361
a/ Le rang de chaque sûreté réelle mobilière 362
b/ Le projet de répartition : le montant alloué à chaque créancier 364
II/ Le classement du droit de préférence sur les immeubles 371
1/ Le rang de chaque sûreté immobilière 371
2/ Le projet de répartition : le montant alloué à chaque créancier 374

section 2ème / L'attribution judiciaire 379

§1er/ L'hypothèque 383
I/ La constitution de l'hypothèque 385
1/ L'obligation garantie par l'hypothèque : l'accès limité à l'hypothèque 386
a/ La source de l'hypothèque : légale, judiciaire ou contractuelle 387
b/ L'inclusion des accessoires : les intérêts et les frais 396
2/ L'assiette de l'hypothèque : un immeuble affecté au paiement d'une obligation 401
a/ Les droits réels exercés sur l'immeuble hypothéqué 401
b/ Le principe de spécialité : la désignation précise de l'immeuble 402
c/ Le caractère indivisible de l'hypothèque 403
3/ La publicité de l'hypothèque : l'inscription sur registre 405
a/ La paralysie de l'inscription 407
b/ La durée de l'inscription 409
II/ Les effets de l'hypothèque 412
1/ L'impact de l'hypothèque pendant le remboursement de la dette 412
a/ La gestion de l'immeuble 412
b/ La vente de l'immeuble : droit de suite et purge de l'hypothèque 414
2/ Les effets de l'hypothèque en cas de défaillance du débiteur 420
a/ Le droit de préférence : une sûreté de 4ème phase 420
b/ L'attribution judiciaire : une sûreté de 2eme phase 422

§2ème/ Le gage et le nantissement 428
I/ La constitution du gage et du nantissement 429
1/ L'évolution historique de l'assiette du gage 430
a/ La logique du gage sous le droit de 1804 431
b/ La logique du gage au xxe siècle : l'inclusion du créancier économiquement utile 433
c/ La logique du gage avec l'ordonnance de 2006 : l'inclusion du prêteur 435
2/ La conclusion du gage et du nantissement : la liberté contractuelle entre les parties 436
a/ Le domaine de l'assiette : les biens présents et futurs 437
b/ La dette garantie : une dette présente ou future 440

c/ Le contrat : le créancier « contractuellement prévoyant » 441
3/ L'opposabilité envers les tiers du contrat de gage et du nantissement 444
II/ Les effets du gage et du nantissement 448
1/ Les prérogatives du créancier gagiste envers le débiteur 449
a/ La mesure préventive pendant le remboursement de la dette : le blocage résultant de la possession 450
b/ les prérogatives exercées en cas de défaillance du débiteur : le paiement de substitution octroyé aux créanciers gagiste et nanti 454
2/ L'effet relatif du gage sur les tiers 461
a/ L'impact sur les autres créanciers : l'exclusion des autres créanciers 461
b/ L'impact sur le tiers-acquéreur : le droit de suite du gagiste sans dépossession 463

Chapitre 2ème/ Les garanties réelles 471

section 1ère / Les actions directes-sûreté 475

§1er/ Le droit de rétention : une mesure préventive de saisie 480
I/ Le domaine droit de rétention pur et simple 481
1/ Les cas jurisprudentiels : la connexité entre la créance et la chose retenue 483
2/ Les cas légalement consacrés : le droit de rétention volontairement consenti 488
a/ La remise volontaire d'une chose : un diminutif informel du gage 489
b/ Le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession 491
II/ Les effets du droit de rétention 492
1/Les effets propres du droit de rétention : le rétenteur face au débiteur 493
a/ La faculté de blocage : tant que la dette demeure impayée 493
b/ Le déblocage : la liquidation judiciaire du débiteur professionnel 495
2/ Le régime du droit de rétention : de larges zones d'obscurité 498

§2ème/ Le domaine de l'action directe-sûreté 501
I/ Le domaine des actions directes-sûreté 502
1/ L'action directe-sûreté portant sur une créance 502
2/ Les actions directes-sûreté exercées dans le cadre d'une saisie d'un bien 508
II/ Les effets de l'action directe : l'absence de transit par le patrimoine du débiteur 512

section 2ème / La propriété-sûreté 519

§1er/ La propriété réservée : le transfert retardé de la propriété 523

I/ Les conditions posées à la propriété réservée : une clause quelconque 526
1/ Le consentement à la propriété réservée : l'exigence d'une acceptation 527
a/ L'exigence d'une clause « convenue par écrit » 527
b/ Le contenu de la clause : une condition complexe 530
2/ L'assiette de la propriété réservée : au profit du créancier économiquement utile 533
3/ L'opposabilité de la clause de réserve de propriété 535
II/ Les effets de la propriété réservée 539
1/ Les effets de la propriété réservée pendant le remboursement 540
2/ Les effets de la propriété réservée en cas de défaillance : la résolution du contrat 541
a/ L'action en revendication: les biens en possession du débiteur 543
b/ L'action directe-sûreté : la disparition du meuble corporel 551

§2ème/ La fiducie-sûreté : le double transfert de la propriété à titre de garantie 555
I/ La formation de la fiducie-sureté : un contrat spécial relativement banal 556
1/ Les conditions de validité du contrat de fiducie-sûreté : les mentions obligatoires 556
a/ L'identité des parties au contrat de fiducie-sûreté 557
b/ Le contenu du contrat la fiducie-sûreté : les mentions du contrat 563
2/ L'opposabilité aux tiers : l'exigence d'une inscription sur registre 569
II/ Les effets de la fiducie-sûreté 572
1/ Le fonctionnement de la fiducie-sûreté pendant le remboursement 572
2/ Le dénouement de la fiducie-sûreté : le double jeu de la compensation 577
a/ Le remboursement du débiteur : rétrocession et compensation 578
b/ La défaillance du débiteur : la revendication combinée à la compensation 581
Conclusion de la section 2ème 588

Conclusion 2ème partie / Le classement des sûretés réelles 591
I/ Le classement sur les biens du débiteur 598
II/ Le classement sur les revenus du débiteur 602