

<p style="text-align: center;">La raison d'être des sûretés</p>	<p>Fiche 1</p>
<p>I. Le risque de crédit</p> <p>II. La position fragile du créancier chirographaire</p>	

Définitions

Le risque de crédit : c'est le risque pour un créancier de ne pas voir sa créance payée à l'échéance.

Le créancier chirographaire : est celui qui n'a pour seul droit contre son débiteur que sa seule signature. Il n'est pas titulaire de sûretés ou de garanties de paiement contre celui-ci.

Les sûretés : ont pour fonction de limiter le risque de crédit et de privilégier un créancier par rapport aux autres créanciers chirographaire du même débiteur.

I. Le risque de crédit

Selon une opinion répandue en doctrine, le droit du crédit est le droit de la confiance (*racine latine, credo, credere, croire*). Le crédit repose par hypothèse sur une dette contractée à un moment donné et dont le remboursement est soit étalé dans le temps, soit reporté à une échéance plus ou moins lointaine. Pour les entreprises, comme pour les particuliers, le recours au crédit tient en réalité à une insuffisance chronique de fonds propres immédiatement mobilisables pour le paiement de leurs dettes. Lorsqu'une personne, le plus souvent un établissement de crédit, accorde un financement étalé dans le temps, le risque est alors grand de ne pas voir la créance honorée.

Le **risque de crédit** est le risque de ne pas voir l'emprunteur honorer sa dette à l'échéance. Plus précisément, dans son règlement n° 2002-03 du 12 décembre 2002, le Comité de la réglementation comptable définit le risque de crédit comme étant « l'existence d'une perte potentielle liée à une possibilité de défaillance de la contrepartie sur les engagements qu'elle a souscrits ». Toujours selon la même norme, ce risque est avéré dès lors qu'il devient probable que le créancier ne recevra pas les sommes qu'il a engagées, en tout ou partie.

Toute entreprise est concernée par le risque de crédit bien que les organismes bancaires y soient le plus exposés. Ce risque peut avoir plusieurs sources comme par exemple l'octroi d'un prêt, l'autorisation donnée par une banque de rendre

un compte courant débiteur, l'émission d'une lettre de change, la conclusion d'une vente à terme, etc. La réalisation de ce risque peut tout d'abord résider dans l'insolvabilité du débiteur. Dans ce cas, la dette ne sera pas honorée et elle sera une perte sèche supportée par le créancier. La réalisation du risque peut en outre prendre la forme d'un retard dans l'exécution de son obligation par le débiteur. Dans ce cas, l'immobilisation de la créance peut entraîner de graves difficultés financières pour le créancier qui peut se retrouver à cours de trésorerie. Quelle que soit l'hypothèse, les crédits consentis par une entreprise constituent un poste spécifique dans son bilan et la réalisation du risque obère d'autant la survie de celle-ci.

Il est alors primordial de prendre en compte ce risque dans la gestion de l'entreprise afin de le prévoir et de l'atténuer. Dans un premier temps le risque fait l'objet d'une évaluation. L'article 3 du règlement comptable n° 2002-03 précité demande ainsi que soient identifiés les encours sains des encours douteux et fournit quelques critères d'appréciation de ces derniers (existence d'impayés de la part du débiteur, situation financière dégradée du débiteur, existence de procédures collectives à l'encontre du débiteur). L'appréciation de ce risque permettra ensuite au créancier d'utiliser des moyens juridiques de se prémunir contre sa réalisation. C'est alors qu'interviennent les sûretés et plus généralement toutes les garanties du crédit.

II. La position fragile du créancier chirographaire

Le **créancier chirographaire** est le créancier qui est dépourvu de sûreté. Le terme signifie que la créance est simplement constatée par un acte « *écrit de la main* » (du grec *chiro*, la main, et *graphein*, l'écrit). Le créancier chirographaire dispose d'un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur posé par les articles 2284 et 2285 du Code civil. Cela signifie que, à l'échéance de sa créance, et à certaines conditions, il peut faire saisir n'importe quel bien garnissant le patrimoine de son débiteur. Ce bien sera ensuite vendu aux enchères publiques (adjudication) et le créancier chirographaire se paiera sur le prix de vente. Ce droit ne permet toutefois pas d'assurer au créancier chirographaire qu'il sera effectivement désintéressé. En effet, il existe tout d'abord un certain nombre de biens insaisissables : les biens visés par l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991, les biens constitués en biens de famille (article L. 215-1 du Code de l'action sociale et de la famille et loi du 12 juillet 1909), les immeubles déclarés insaisissables par un entrepreneur en vertu des articles L. 526-1 et suivants du Code de commerce (résidence principale et immeubles non affectés à l'activité professionnelle). Ensuite, et hors le cas des biens insaisissables, le créancier chirographaire peut se heurter à deux écueils.

Il se peut tout d'abord que le patrimoine du débiteur ait été considérablement amoindri entre le moment de la naissance de la créance et celui de son exigibilité. Le créancier chirographaire se trouve directement confronté à la réalisation du risque de crédit évoqué plus haut. Or il ne peut saisir que les biens existant dans le patrimoine du débiteur au moment de la saisie et il n'est pas évident que ceux-ci soient à même de le désintéresser. Certains mécanismes permettent toutefois de protéger un tant soit peu le créancier chirographaire. Il s'agit par exemple de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil (qui suppose la preuve d'une fraude du débiteur) ou encore de l'action fondée sur l'article L. 632-1 du Code de commerce permettant d'obtenir l'annulation de certains actes du débiteur en situation de redressement judiciaire. La mise en œuvre de ces mécanismes peut cependant s'avérer sinon illusoire, du moins décevante.

Le créancier chirographaire risque en outre d'être confronté à la présence d'autres créanciers avec lesquels il se trouve en concours : il se heurte au **principe d'égalité des créanciers** posé par l'article 2285 du Code civil. Ce principe a plusieurs conséquences de nature à briser l'espoir du créancier chirographaire d'être payé en totalité. Tout d'abord, la date de la créance est indifférente : un créancier chirographaire ne peut se prévaloir de l'ancienneté de sa créance pour primer un créancier plus récent. Par ailleurs si le prix de vente du bien saisi est insuffisant pour désintéresser l'ensemble des créanciers, le paiement de ceux-ci se fait au marc-le-franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de leur créance. Cela signifie donc qu'aucun des créanciers chirographaire n'est intégralement payé car chacun supporte proportionnellement la même perte. Mais le paiement au marc-le-franc ne joue que dans l'hypothèse rare où plusieurs créanciers saisissent simultanément le même bien. En réalité, enfin, le paiement d'un créancier chirographaire sera le plus souvent le produit de son empressement à saisir les biens du débiteur. En application de l'adage selon lequel « le paiement est le prix de la course », les créanciers les moins célèbres s'exposent au risque de crédit déjà évoqué.

Le **rôle des sûretés** est alors d'offrir une double protection supplémentaire au créancier. Il se prémunit tout d'abord **contre son propre débiteur**, soit en obtenant d'un tiers qu'il se substitue au débiteur défaillant, soit en obtenant du débiteur qu'il affecte un ou plusieurs biens en garantie du paiement de la dette.

Il se protège ensuite **contre les autres créanciers de son débiteur**. En se faisant consentir une sûreté, le créancier se met dans une situation préférentielle par rapport aux créanciers chirographaires qui ne peuvent en effet être payés qu'une fois que les diverses sûretés ont été purgées. L'article 2285 du Code civil prévoit expressément cette dérogation au principe d'égalité entre les créanciers à travers les **causes légitimes de préférence**. Si celles-ci sont, au terme de

l'article 2323, les privilèges et les hypothèques, la doctrine admet depuis longtemps que sont également visées les sûretés mobilières et l'antichrèse ou gage immobilier (cf. *infra*). Il convient en outre d'ajouter à ces causes légitimes de préférence les diverses techniques de droit des obligations telles que l'action directe et la compensation permettant à un créancier de voir sa créance renforcée. Soulignons également que le créancier échappe à tout concours lorsque sa créance est garantie par un droit de propriété.

À retenir

- Le rôle des sûretés est de permettre à un créancier de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur ainsi que d'être privilégié par rapport aux autres créanciers de celui-ci.

Pour en savoir plus

- L. Aynès, « Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances », *Procédures*, juillet-août 2008, p. 44
- L. Aynès, « L'appréhension du risque financier par le Droit : propos conclusifs », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, novembre 2010, étude 37
- M. Cabrillac, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 31
- F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998, I, 138
- Salgueiro, « Appréciation du risque de crédit à une entreprise », *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 180, 2005

Pour s'entraîner : cas pratique

A, B, C et D sont créanciers chirographaires de E. Leurs créances respectives sont de 25, 30, 35 et 10. Ils décident d'agir ensemble et saisissent le même bien dont le produit de la vente est finalement de 80. Comment s'effectue la répartition au-marc-le-franc ?

Réponse : La répartition se fait au prorata de la créance de chacun. Le total des créances est de 100. A recevra 20 (à savoir 25 % du prix de vente), B recevra 24 (30 % de 80), C recevra 28 (35 % de 80) et D recevra 8 (10 % de 80). Aucun des quatre créanciers ne donc sera désintéressé en totalité.

La notion de sûreté	Fiche 2
<ul style="list-style-type: none"> I. La distinction entre garanties et sûretés II. Présentation des sûretés traditionnelles III. La promesse de porte-fort et la délégation utilisées comme sûretés 	

Définitions

Une garantie : est un avantage particulier dont dispose un créancier et qui a pour effet de valablement remplacer l'exécution régulière d'une obligation ou d'en anticiper l'inexécution.

Une sûreté : est une garantie particulière accordée à un créancier qui lui permet d'obtenir satisfaction en cas de défaillance de son débiteur par affectation d'un bien (sûreté réelle) ou par la substitution d'un tiers (sûreté personnelle). La sûreté s'ajoute à la créance et disparaît en principe lorsque la créance s'éteint.

I. La distinction entre garanties et sûretés

Plusieurs techniques permettent à un créancier de se protéger contre l'insolvabilité de son débiteur. Les sûretés visent cette finalité. Mais les sûretés ne sont pas les seuls moyens de se prémunir contre l'inexécution d'une obligation. D'une manière générale, ce sont les garanties qui ont cette fonction puisqu'elles rendent plus probables la satisfaction du créancier.

Selon une opinion qui circule en doctrine, la notion de sûreté est une **notion introuvable**, une « étiquette qui s'accommode du disparate » (Pétel, Cabrillac et Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, coll. « Manuel », 9^e édition, 2010, n° 2). Pour autant, déterminer positivement ce qu'est une sûreté ne répond pas qu'à un souci purement théorique. En effet, plusieurs textes voient la détermination de leur champ d'application conditionnée par la détermination de la notion de sûreté (comme par exemple l'article 1188 du Code civil qui vise expressément la notion ou encore l'article 2314 du même Code qui vise les hypothèques et privilèges mais dont il est généralement admis qu'il vise toute sûreté).

Deux approches sont possibles. La première approche, extensive, tend à considérer comme sûreté tout droit tendant à protéger le créancier, même s'il ne

s'agit pas là de sa fonction première. Cette méthode est qualifiée par certains auteurs de pragmatique ou fonctionnelle puisque l'on ne s'attache qu'au but poursuivi par le mécanisme considéré.

La deuxième approche consiste à isoler, au sein des garanties, les garanties particulières que sont les sûretés afin d'en déterminer les spécificités. Les sûretés constituent dès lors une catégorie bien déterminée répondant à des critères précis. Cette méthode suppose de passer par la définition de la notion de garantie afin de mieux marquer les caractères propres des sûretés.

Une garantie est un avantage particulier conféré à un créancier ayant pour but de « suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution » (P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, n° 287). Si les sûretés répondent à cette définition, il s'agit pour autant de clairement distinguer l'une et l'autre notion. En effet, le droit commun des obligations comporte certaines règles qui permettent au créancier de se protéger contre l'inexécution de l'obligation. Tel est le cas, par exemple, de la résolution pour inexécution du contrat, de l'exception d'inexécution voire de la compensation. Certains mécanismes comme l'action directe, la solidarité passive ou l'obligation *in solidum* ont en outre plus spécialement vocation à garantir le créancier. Ces techniques découlent toutefois directement de l'existence de l'obligation elle-même.

Si le but recherché est le même, les **sûretés** se distinguent toutefois par le fait qu'elles viennent s'ajouter au rapport d'obligation. Elles n'en sont jamais la conséquence directe et naissent d'une source distincte, qu'il s'agisse de la loi, d'une décision de justice ou encore d'une convention. Il est donc question de déterminer les mécanismes dont le but est de tendre exclusivement et délibérément à la garantie d'une créance. Partant, on peut dégager trois traits caractéristiques des sûretés :

- **Leur finalité** : améliorer la situation du créancier en lui permettant de se prémunir contre l'inexécution d'une obligation préexistante sans pour autant l'enrichir
- **Leur effet** : aboutir à la satisfaction du créancier et éteindre sa créance
- **Leur technique** : les sûretés s'ajoutent à une obligation fondamentale. L'exécution de celle-ci sera garantie par l'affectation d'un bien (sûreté réelle) ou par la substitution d'un tiers (sûreté personnelle).

À partir de ces caractères, il est possible de définir une sûreté comme étant une garantie particulière spécifiquement accordée à un créancier et qui lui permet d'obtenir satisfaction en cas de défaillance de son débiteur. La sûreté s'ajoute à la créance et disparaît en principe lorsque la créance s'éteint.

II. Présentation des sûretés traditionnelles

Le **Code civil** consacre aujourd'hui l'importance et l'autonomie du droit des sûretés à travers l'avènement, en 2006, d'un **livre IV** entièrement consacré à celles-ci. Le Code reprend la distinction traditionnelle entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, distinction qui sera explicitée plus loin.

Les **sûretés personnelles** sont des mécanismes qui vont permettre la substitution d'un tiers au débiteur défaillant. Le Livre IV en connaît trois : le cautionnement (art. 2288 à 2320), la garantie autonome (art. 2321) et la lettre d'intention (art. 2322).

Les **sûretés réelles** sont des mécanismes affectant un bien — le plus souvent appartenant au débiteur — au paiement de sa dette en cas de défaillance. Le Livre IV distingue : les privilèges (mobiliers art. 2330 à 2332-3 ; immobiliers art. 2374 à 2386), le gage de meubles corporels (art. 2333 à 2354), le nantissement de meubles incorporels (art. 2355 à 2366), la propriété retenue à titre de garantie (2367 à 2372), la propriété transférée à titre de garantie ou fiducie-sûreté (art. 2372-1 et s. & 2488-1 et s.), l'antichrèse (appelée gage immobilier depuis la loi de simplification du 12 mai 2009, art. 2387 à 2392) et enfin l'hypothèque (2393 à 2425).

D'autres sûretés, très spécifiques, figurent dans d'autres Codes ou dans des textes épars. Il s'agit par exemple du nantissement de fonds de commerce (art. L. 142-1 et s. du Code de commerce), du gage de l'outillage et du matériel d'équipement (art. L. 525-1 et s. du Code de commerce), du nantissement de logiciels (art. L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle) ou encore des divers warrants (warrant agricole, hôtelier, pétrolier).

III. La promesse de porte-fort et la délégation utilisées comme sûretés

Certaines techniques qui ne figurent pas dans le livre IV du Code civil et qui ne sont pas en soi des sûretés peuvent toutefois être utilisées en tant que telles. Évoquons le cas de la promesse de porte-fort-sûreté et de la délégation-sûreté.

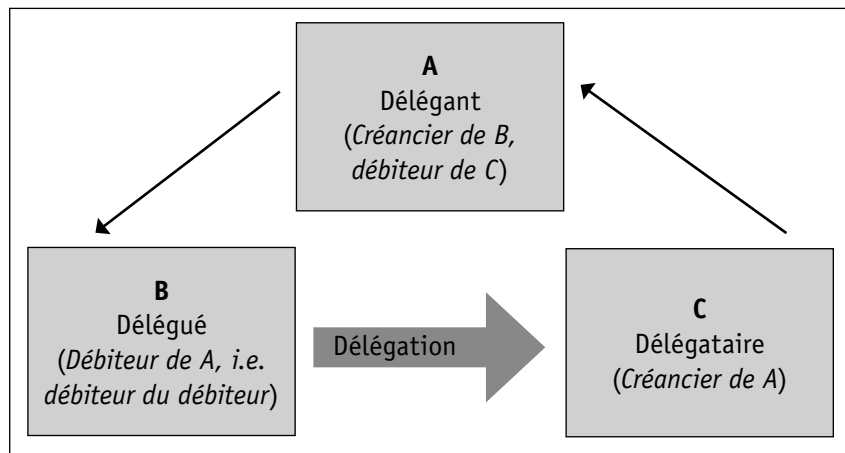
La **promesse de porte-fort** est régie par l'article 1120 du Code civil. Il s'agit d'un contrat par lequel une personne (le porte-fort) s'engage au profit d'une autre à ce qu'une troisième souscrive une convention ou exécute une prestation. Celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement promet au créancier qu'il l'indemnifiera en cas d'inexécution de l'engagement par le débiteur. Le porte-fort est directement engagé à l'égard du bénéficiaire de la promesse. Les obligations nées de la convention de porte-fort sont alternatives : l'acceptation du tiers

libère le porte-fort, la responsabilité de celui-ci ne pouvant être engagée qu'en l'absence de ratification par le tiers. La promesse de porte-fort peut être utilisée comme une véritable sûreté, il sera alors question de porte-fort-sûreté. La Cour de cassation opère une nette distinction entre les deux formes de porte-fort (Com. 13 décembre 2005, *D.* 2006, p. 298, obs. Delpech). Au terme de cet arrêt de principe rendu au visa des articles 1120 et 1134 du Code civil :

- Le porte-fort dit classique est un engagement autonome tendant à obtenir la ratification par un tiers de l'engagement ou de l'acte juridique que le porte-fort a promis pour lui.
- Le porte-fort sûreté est celui par lequel celui qui se porte fort promet l'exécution d'un engagement par un tiers. La promesse de porte-fort est alors un engagement accessoire à celui du débiteur et supprime le caractère alternatif du droit du créancier. Les obligations se cumulent.

La délégation est également une technique de droit des obligations pouvant être utilisée comme sûreté. Le mécanisme est le suivant : à la demande d'un débiteur (le délégant, A), un tiers au rapport d'obligation (le délégué, B) s'engage à payer le créancier (le délégataire, C). Il s'agit donc d'une convention entre le délégué et le délégataire à la demande du délégant.

Figure 1



Dans son utilisation la plus fréquente, la délégation est un mode simplifié d'extinction des obligations car elle intervient à titre de paiement : le débiteur délègue à son créancier son propre débiteur. On parle de délégation-paiement.

La délégation est **parfaite** lorsque l'obligation de B envers C se substitue complètement à celle de A envers C. A est donc immédiatement déchargé de son obligation. Il y a novation, car les parties ont souhaité créer une nouvelle obligation (intention de « nover ») et éteindre une obligation existante. Le