

Fiche 2

La notion de sûreté

- 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 1305-4 actuel 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*, L.G.D.J., 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.

L'avant-projet de septembre 2017 propose d'introduire une définition générale de la notion de sûreté dans un éventuel futur article 2286 du Code civil. Selon cette proposition, « la sûreté garantit l'exécution d'une ou plusieurs obligations, présentes ou futures. »

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.

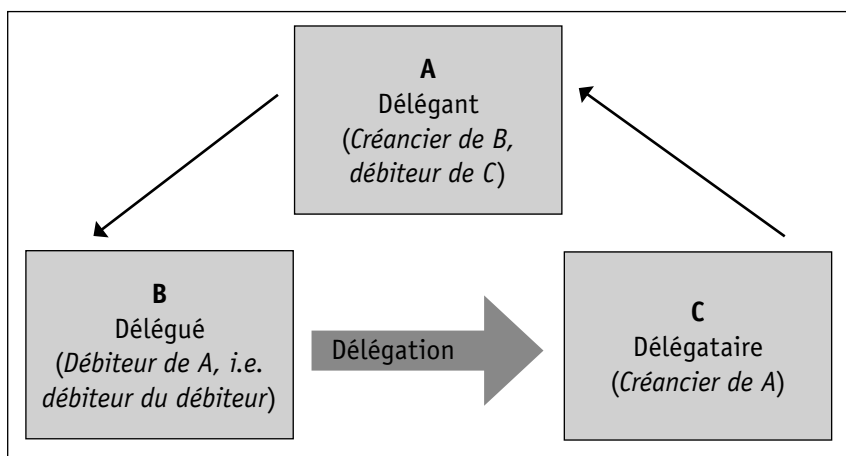
La **promesse de porte-fort** est régie par l'article 1204 du Code civil (ex. art. 1120). Il s'agit d'un contrat par lequel une personne (le porte-fort) s'engage au profit d'une autre à ce qu'une troisième souscrive une convention ou exécute une prestation. Celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement promet au créancier qu'il l'indemniserà 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. Delpéch). Au terme de cet arrêt de principe rendu au visa des anciens 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 créancier C

doit accepter de libérer son débiteur A tout en acceptant le nouveau débiteur B. La délégation parfaite ne peut intervenir à titre de sûreté car elle opère simplement une substitution de débiteur.

La délégation est **imparfaite** si l'obligation entre A et C demeure. Dans ce cas, la créance de A sur B devient conditionnelle: elle est soumise à l'exécution par B de son obligation envers C. L'obligation de A envers C s'éteindra elle aussi lorsque B aura exécuté son obligation. C possède donc deux débiteurs. Dans cette dernière hypothèse, la délégation peut intervenir à titre de sûreté car il y a alors adjonction d'un débiteur supplémentaire au créancier. C'est le cas lorsqu'une personne qui ne doit rien s'engage envers un tiers en qualité de délégué de celui qu'il garantit. On parle alors de **délégation-sûreté** ou de fausse délégation.

La Cour de cassation a toutefois jugé que, au sens de l'article L. 225-35 du Code de commerce, la délégation imparfaite n'est pas une sûreté car elle n'est, pour le délégué, qu'un mode d'extinction de sa propre dette à l'égard du délégant (Cass. com. 15 janvier 2013, n° 11-28173, *JCP G* 25 mars 2013, 345, note Bascoulergue).

À retenir

- Les sûretés sont des garanties particulières qui se caractérisent par leur finalité (garantir une créance), leur effet (aboutir à la satisfaction du créancier) et leur technique (adjonction d'un tiers garant ou d'un bien en garantie de la créance).
- Les sûretés usuelles figurent dans le Livre IV du Code civil. Il existe toutefois des sûretés dans d'autres Codes ainsi que des techniques de droit des obligations (promesse de porte-fort et délégation) qui peuvent être utilisées comme de véritables sûretés.

Pour en savoir plus

- Y. Chartier, «L'évolution du droit des sûretés, rapport de synthèse», *Rev. Jur. Com. fev. 1982 p. 150*.
- P. Crocq, «L'évolution des garanties de paiement: de la diversité à l'unité», *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 2 p. 317.
- P. Crocq, *Propriété et garantie*, L.G.D.J., n° 287
- P. Jourdain, «Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé», *Mélanges Malinvaud*, Litec 2007, p. 303.
- Cass. Civ. 1^{re}, 25 janvier 2005; *Bull. civ. I*, n° 43; *JCP ed. E* 2005, 1860, n° 12 obs. Simler; *Def.* 2005, art. 38166, p. 908 note Honorat.

POUR S'ENTRAÎNER : QUESTIONS DE COURS _____

1. Une sûreté est-elle nécessairement une garantie du crédit?
2. La finalité première des sûretés est-elle d'améliorer la situation du débiteur?

RÉPONSES

1. Oui. Mais l'inverse n'est pas vrai: toutes les garanties ne sont pas des sûretés.
2. Non, c'est d'améliorer la situation du créancier qui se prémunit contre l'inexécution d'une obligation préexistante. Indirectement toutefois la sûreté peut améliorer la situation économique du débiteur car elle lui permet de se procurer du crédit.

Fiche 3

Évolutions du droit des sûretés

- I. Les facteurs d'évolution du droit des sûretés
- II. Du droit romain au Code civil
- III. Les évolutions depuis le Code civil
- IV. Les réformes contemporaines

I. Les facteurs d'évolution du droit des sûretés

Les facteurs d'évolution du droit des sûretés sont nombreux. D'une façon générale on constate que le droit des sûretés s'est développé de manière cyclique, chaque garantie ayant eu, pour reprendre le mot de Dominique Legeais, son heure de gloire.

Des facteurs socioéconomiques sont tout d'abord à l'œuvre. De même que tous les créanciers n'ont pas besoin des mêmes sûretés, tous les débiteurs ne peuvent offrir les mêmes sûretés. Ainsi les banques auront-elles plutôt recours aux sûretés personnelles alors que les fournisseurs opteront plutôt pour se faire consentir des sûretés réelles. Par ailleurs selon que le débiteur est un professionnel ou un consommateur, le mode de sûreté qu'il sera à même d'offrir diffèrera très sensiblement. À titre d'exemple l'entrepreneur consentira plutôt une sûreté sur son outil de travail (fonds de commerce, outillage).

Des facteurs politiques peuvent ensuite être décelés. Si le droit des sûretés n'est pas en soi particulièrement enclin à une lecture politique, il prend une saveur toute autre lorsqu'on le confronte à d'autres domaines comme le droit des entreprises en difficulté ou le droit du surendettement. Ainsi le choix d'imposer des sacrifices aux créanciers d'une entreprise en redressement va-t-il directement influencer la situation des créanciers munis de sûretés.

Enfin, le perfectionnement des techniques juridiques a directement influencé l'évolution des sûretés. Le droit contemporain des sûretés s'est ainsi adapté au développement des nouveaux biens (expansion de l'incorporel) ou de nouvelles techniques de droit des obligations. Ainsi que le font remarquer certains auteurs, les sûretés sont soumises à un double mouvement vers la complexité et vers la simplicité (L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, 5^e édition, Defrénois, n° 17) : en effet, si les mécanismes juridiques fondant les diverses sûretés sont initialement simples, leur évolution vers toujours plus de complexité amène souvent la pratique

à rechercher de nouveaux mécanismes plus simples. Cette tension est manifeste dans l'évolution contemporaine des sûretés personnelles car l'évolution du cautionnement, de plus en plus complexe et protecteur de la caution a amené la pratique à imaginer de nouvelles sûretés plus efficaces, plus simples et moins protectrices.

L'évolution des sûretés diffère selon qu'elle qu'il s'agisse de sûretés réelles ou de sûretés personnelles. Nous verrons successivement les sûretés connues du droit romain, de l'ancien droit jusqu'au Code civil, l'évolution depuis le Code civil et enfin les dernières réformes.

II. Du droit romain au Code civil

Les principales sûretés connues aujourd'hui ont été imaginées et développées par les juristes romains, qu'il s'agisse aussi bien des sûretés personnelles que des sûretés réelles.

Concernant les sûretés personnelles, le **droit romain** a connu plusieurs formes de cautionnement. Celui-ci découlait directement de la solidarité familiale et des éléments du groupe pouvaient être responsables de la défaillance de l'un d'entre eux. S'il était initialement réservé aux seuls citoyens romains (*sponsio*), le procédé s'est peu à peu étendu aux pérégrins (*fidepromissio*) pour s'élargir, à la fin de la République, à toute personne afin de garantir toute obligation (*fideiussio*).

En matière de sûretés réelles, le droit romain a consacré la fiducie, le gage, l'hypothèque ainsi que les privilèges. L'évolution s'est également faite dans un sens de perfectionnement et d'extension. Si initialement le garant devait transférer la propriété de la chose mise en garantie (*fiducia cum creditore*), le gage avec dépossession fut par la suite imaginé (*pignus datum*) avant que ne se développe un gage sans dépossession (*pignus conventum* qui prit le nom d'*hypotheca* par la suite).

L'**ancien droit** fut, pour les sûretés, une période de régression technique. D'une manière générale le Moyen Âge va voir se développer un recours de plus en plus accru aux sûretés réelles avec dépossession puis sans dépossession. La fiducie, technique la plus primitive, retrouva une nouvelle pratique alors que certaines sûretés comme l'hypothèque n'ont été véritablement efficaces que tardivement. Certaines coutumes vont petit à petit intégrer des sûretés romaines. À titre d'exemple, la coutume d'Orléans, qui a fait l'objet d'une étude par Pothier, connaissait des principales sûretés réelles ainsi que du cautionnement.