

Introduction

1. — Le droit des sûretés est le droit de la méfiance, ou plutôt peut-être celui de la prudence. Le créancier ne tente-t-il pas de se prémunir contre le risque de l'inexécution d'une obligation à terme en exigeant une sûreté de son débiteur ? Augmentant ses chances de paiement au jour de l'échéance, les sûretés apparaissent aujourd'hui comme un élément fondamental dans la négociation d'une opération de crédit¹. Leur utilité devient manifeste si on envisage la situation du créancier chirographaire.

I. Le créancier chirographaire

Selon l'article 2284 du Code civil, le créancier chirographaire a la faculté de poursuivre l'exécution forcée de sa créance en saisissant les différents biens, présents et à venir, composant le patrimoine de son débiteur et en les faisant vendre. L'article 2285 du Code civil ajoute que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». Ce principe comprend désormais une limite instituée par la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique.

2. — Selon l'article L. 526-1 du Code de commerce, « par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissable ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale² ». Le législateur a créé un nouveau cas d'insaisissabilité du fait de la volonté de l'homme. Le projet de loi sur la modernisation de l'économie étend la déclaration d'insaisissabilité à tous les immeubles non professionnels.

L'article L. 526-1 du Code de commerce vise uniquement certaines personnes physiques. Les personnes morales, quelle que soit leur activité, sont exclues de cette mesure de protection. Le législateur a considéré qu'elles ont déjà la possibilité, du fait de leur forme sociétaire, de limiter leur responsabilité pécuniaire.

La déclaration d'insaisissabilité est limitée à un seul bien, la résidence principale. Une nouvelle fois, le législateur n'a pas eu recours à la notion juridique de domicile,

1. L.-M. Martin, « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Banque*, 1975 1138.
2. Autem, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *Defrénois*, 2004 327 ; Dagot, « L'insaisissabilité de l'entrepreneur individuel », *JCP*, 2003 1562 ; Laugier, « Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité », *JCP, éd. E*, 2003 1507 ; Malecki, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel » ; *D.*, 2003 2220 ; Piedelièvre, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique) », *JCP*, 2003 I 165 ; Vauvillé, « La déclaration d'insaisissabilité », *Defrénois*, 2003 1197.

mais à celle de résidence qui apparaît plus comme une notion de fait, mais plus conforme à la réalité. Il est évident que les résidences dites secondaires ne sont pas concernées. Il appartiendra à l'entrepreneur de mentionner dans la déclaration quelle est sa résidence principale. Les créanciers auront toujours la possibilité de contester cette déclaration, dans l'hypothèse où elle serait inexacte ou frauduleuse.

3. — La déclaration d'insaisissabilité concerne un immeuble. Il est donc logique qu'elle soit soumise aux règles de la publicité foncière afin d'accroître son rayonnement. En outre, dans le but d'informer les créanciers professionnels, le législateur a prévu d'autres mesures de publicité dont on peut douter de l'intérêt pratique. Puisqu'une publication à la conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble (ou en Alsace Moselle au Livre foncier) est requise pour conférer une pleine efficacité à la déclaration d'insaisissabilité, celle-ci doit être passée par un acte authentique. Selon l'article L. 526-2 du Code de commerce, la déclaration doit être reçue par un notaire.

Le législateur n'a pas jugé suffisante l'information résultant du droit de la publicité foncière. Aussi a-t-il institué une publicité par voie de registre ou par voie de presse. Ces techniques sont très fréquentes en matière commerciale. Ainsi les principaux créanciers professionnels, dont les établissements de crédit, seront informés de la restriction apportée à leur droit de gage général. Il appartiendra au notaire rédacteur de la déclaration d'effectuer cette formalité, sauf si le client l'en dispense expressément. Selon l'article L. 526-2 du Code de commerce, lorsque la personne est immatriculée dans un registre de publicité légale à caractère professionnel, la déclaration doit y être mentionnée. Si la personne n'est pas tenue de s'immatriculer dans un registre de publicité légale, un extrait de la déclaration d'insaisissabilité doit être publié dans un journal d'annonces légales du département d'exercice de l'activité professionnelle. La sanction consiste dans l'impossibilité pour l'entrepreneur de se prévaloir de l'insaisissabilité du bien.

4. — Pour les créanciers chirographaires, même si la procédure de distribution par contribution a été modifiée par la loi du 9 juillet 1991, le principe demeure toujours celui d'une répartition sur la base d'une contribution au prorata des créances. Le créancier subit le risque de l'insolvabilité du débiteur. Le patrimoine de ce dernier est en perpétuelle fluctuation, son actif et son passif varient. Positif lors de la souscription de l'obligation, il peut être négatif au jour du paiement.

Pour tenter de limiter ces inconvénients, le créancier chirographaire bénéficie de certaines actions lui permettant de surveiller le patrimoine de son débiteur.

— L'action oblique de l'article 1166 du Code civil lui permet d'exercer, au nom de son débiteur, les droits que ce dernier néglige de mettre en œuvre.

— L'action paulienne de l'article 1167 du Code civil lui permet de faire révoquer les actes d'appauvrissement effectués par son débiteur, dans le but de frauder ses droits.

— L'action en déclaration de simulation de l'article 1321 du Code civil lui permet de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur, les biens que ce dernier a fictivement fait sortir de son patrimoine.

Ces moyens de protection restent limités, même si l'article 314-7 du Code pénal incrimine l'organisation frauduleuse d'insolvabilité. Mais cette infraction est rarement mise en œuvre en pratique.

II. Le rôle et les variétés de sûretés

5. — Trois moyens permettent à un créancier d'améliorer sa situation¹ :

— Adjoindre un second garant à côté du débiteur. Les chances de paiement sont dès lors multipliées et les risques d'insolvabilité sont dilués même si le créancier demeure chirographaire dans les deux patrimoines ;

— Dispenser expressément de la loi du concours certains créanciers en leur octroyant une cause de préférence. Le créancier conserve une action personnelle, mais privilégiée, contre le débiteur sur l'intégralité du patrimoine et non sur un ou plusieurs biens déterminés ;

— Créer un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens du débiteur ou d'un tiers appelé constituant. Le bien grevé, ou plutôt sa valeur, est affecté à un paiement prioritaire du créancier, ce qui le fait échapper à la loi du concours en lui donnant une cause de préférence, et lui permet souvent d'exercer ce droit en quelques mains qu'il se trouve.

Le premier et le troisième moyen se retrouvent actuellement en droit positif et ils forment la distinction essentielle du droit des sûretés entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. Le premier confère au créancier un droit personnel et chirographaire contre une tierce personne. Le troisième lui accorde un droit réel, comportant un droit de préférence et un droit de suite, sur un ou plusieurs biens du débiteur ou du constituant.

Le deuxième moyen n'existe plus aujourd'hui. Selon certains, les privilèges généraux s'en rapprocheraient, bien qu'ils soient classiquement rangés dans la catégorie des sûretés réelles. Ils portent sur l'intégralité des biens qui composent le patrimoine du débiteur, même si le créancier doit commencer par agir sur les meubles, avant de pouvoir faire saisir les immeubles. Pour admettre cette conception, il faut considérer, à la suite d'Aubry et Rau², que le patrimoine est une émanation de la personnalité. On ne confère aucun droit spécifique au créancier sur un ou plusieurs biens, puisque tous répondent de la même façon. Son avantage s'exprime uniquement à l'égard des tiers, à savoir les autres créanciers. Cette solution permettrait d'expliquer le caractère occulte de ce privilège. À l'inverse, si on analyse le patrimoine comme une masse de biens affectés à un but, le caractère réel l'emporte.

6. — La distinction classique est celle existant entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. L'une est issue du droit des obligations et l'autre du droit des biens. On se demande fréquemment si l'une de ces catégories est préférable et plus protectrice des intérêts du créancier³. En soi, aucune sûreté n'est meilleure qu'une autre,

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 4^e éd., LGDJ, n° 2312.

2. Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. IX, 4^e éd., § 575 et s.

3. Sur cette controverse sans doute inutile Dagot, « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP, éd. N*, 1986 I 93 ; Lancereau, « Les prêts immobiliers cautionnés », *Gaz. Pal.*, 1987 2 doct. 687 ; Mouillart, « Hypothèque ou caution (de la garantie à la réassurance) », *Banque*, 1989 906.

car aucune ne confère une sécurité absolue. On connaît l'intérêt économique de la sûreté au moment de sa constitution, mais on l'ignore au jour de sa mise en œuvre, ce qui est pourtant la seule chose importante. La caution, solvable au jour du contrat de cautionnement, peut s'avérer insolvable lors de son déclenchement. De même, le bien grevé peut avoir disparu ou avoir perdu une partie de sa valeur.

L'efficacité des sûretés dépend d'abord des circonstances de leur octroi. Elles apparaissent tributaires de leur environnement économique, ou plutôt de la réglementation que celui-ci génère pour modifier ses effets normaux. Par exemple, il n'est pas certain que, pour garantir le créancier d'un débiteur exposé aux risques d'une procédure collective, les sûretés réelles sans dépossession confèrent une grande sécurité. À l'inverse, elles présentent un plus grand intérêt pour garantir des prêts immobiliers, du moins lorsqu'une partie du prix est payée au comptant.

7. — D'autres éléments sont également à prendre en compte. Le formalisme de constitution apparaît comme un handicap, surtout s'il est mal utilisé, comme en droit de la consommation¹. En revanche, lorsqu'il répond à une véritable nécessité, il devient un facteur de sécurité, comme l'acte notarié en matière hypothécaire.

Le coût économique des sûretés ne parvient pas non plus à départager ces deux grandes catégories de sûretés. Certains garants se font rémunérer. D'autres jouent ce rôle gracieusement. Quelques-unes se constituent à faible coût, alors que d'autres nécessitent des dépenses plus importantes, comme des actes notariés et des frais de publicité. La fiscalité joue parfois un grand rôle, comme en matière hypothécaire.

Par ailleurs, certaines sûretés réduisent le crédit du débiteur, elles le gaspillent et elles ne permettent pas de suivre l'évolution rapide des besoins de crédit d'une personne. On assiste depuis peu à l'apparition de sûretés revolving. À l'inverse, les sûretés personnelles, consistant en un engagement par signature, n'entament pas, en apparence, le crédit du débiteur.

8. — Le caractère interne ou international de l'opération joue également un rôle non négligeable. Le droit des sûretés demeure une matière où le droit communautaire a peu d'importance², même si l'on envisage parfois de constituer une euro-hypothèque et si un livre vert de la commission européenne du 12 juillet 2005 relance une réflexion sur le crédit hypothécaire européen. Les sûretés personnelles se montrent souvent plus adaptées pour garantir des opérations internationales. Les parties ont la possibilité de soumettre le contrat de garantie à la loi d'autonomie, et l'article 4-2° de la Convention de Rome du 10 juin 1980 sur les obligations contractuelles pose, à défaut de choix exprès, une présomption de rattachement au pays de résidence de la partie qui fournit la prestation caractéristique.

Les sûretés réelles apparaissent moins appropriées, même si le principe d'autonomie de la volonté subsiste. Pour les sûretés immobilières, la loi de situation de l'immeuble joue souvent un rôle important. L'article 2417 du Code civil qui confère un monopole aux notaires français pour la constitution d'hypothèque sur les immeubles situés en France en fournit une parfaite illustration. Pour les sûretés mobilières,

1. Piedelièvre, « Droit des sûretés et droit de la consommation », *Droit et patrimoine*, septembre 1997 56.

2. On trouve quelques dispositions relatives aux sûretés dans le Règlement communautaire sur l'insolvabilité du 29 mai 2000 applicable depuis le 31 mai 2002.

la difficulté réside dans la possibilité de déplacer les biens grevés¹. Les mesures d'exécution des sûretés réelles devront respecter le plus souvent le droit des voies d'exécution du pays où se trouve le bien.

9. — Enfin, et peut-être surtout, la mise en œuvre de la sûreté est prépondérante. Idéalement, elle devrait être efficace, rapide et simple. Le droit des sûretés est tributaire des voies d'exécution. Les sûretés réelles nécessitent le recours à des procédures de saisie qui débouchent souvent sur des ventes publiques. Cette issue explique d'ailleurs que les biens insaisissables ne puissent faire l'objet de constitution de sûretés réelles. Or ces procédures, surtout celles de la saisie immobilière qui, même si elle a été réformée dans le sens d'une simplification, sont la source de nombreux incidents retardant parfois exagérément le paiement du créancier. Pour cette raison, la réforme des sûretés a permis des modes de réalisation simplifiés des sûretés. En théorie les sûretés personnelles présentent un grand avantage, puisqu'elles sont fondées sur le paiement d'un tiers. En pratique toutefois des difficultés identiques se retrouvent si les cautions et les garants n'exécutent pas spontanément leurs engagements et s'ils commencent à en discuter la validité, puis le montant. Au final, une mesure d'exécution forcée sera nécessaire.

Finalement, aucune de ces deux catégories de sûretés n'offre un avantage indéniable ou ne comporte une infériorité criante. D'ailleurs, elles coexistent fréquemment pour garantir les opérations commerciales les plus importantes.

III. Le développement du rôle des sûretés et des garanties

10. — Le développement des sûretés apparaît comme une des conséquences du développement du crédit. Le phénomène est très marqué pour les crédits aux particuliers, avec le développement du crédit à la consommation et du crédit immobilier. Le développement dans l'endettement des ménages et la multiplication des hypothèses de surendettement ont conduit les prêteurs à exiger des garanties plus nombreuses.

On reproche souvent aux banques françaises d'exiger de trop nombreuses garanties, notamment si l'on compare avec la pratique des banques anglo-saxonnes. Les établissements de crédit contrecarraient d'ailleurs souvent les desseins du législateur qui a créé des sociétés de capitaux et des sociétés unipersonnelles dans le but d'éviter aux dirigeants et aux associés de répondre sur leur patrimoine personnel des dettes sociales. Cette observation est seulement exacte en apparence. Pour le crédit aux entreprises, il est nécessaire de tenir compte des fonds propres et des perspectives de gains. Les banques tiennent compte pour l'octroi d'un crédit de la richesse nette des entreprises. Or les banques anglo-saxonnes exigent souvent des montants plus élevés de fonds propres que les banques françaises. Elles octroient moins de crédit aux jeunes entreprises et aux entreprises les moins riches. Le danger de ce système tient au fait que les actifs, s'ils sont surévalués ou s'ils subissent une baisse de valeur, accroissent de manière artificielle les capacités d'emprunt des entreprises. À l'inverse, les établissements de crédit français accordent plus facilement des crédits aux jeunes

1. Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

entreprises et éventuellement à celles moins riches. Elles compensent ce surcroît de risque par des garanties.

11. — Parfois, le législateur favorise même la prise de sûretés. La réforme du droit des sûretés a facilité cette mobilisation du patrimoine immobilier. La première technique est celle de l'hypothèque dite rechargeable. Elle a été admise de manière limitée ou tout moins la recharge n'a pas été conçue de manière souple. Il est possible que la recharge hypothécaire donne naissance à des prêts hypothécaires supplémentaires sur la base de la différence entre le montant du prêt restant dû et la valeur de marché du logement apporté en garantie. La deuxième technique est celle du prêt viager hypothécaire. Selon l'article L. 314-1 du Code de la consommation, il s'agit d'un « un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement, principal et intérêts, ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès ».

12. — Depuis quelques années, on assiste à un fort développement du rôle des sûretés personnelles qui s'est manifesté par une grande augmentation du contentieux en matière de cautionnement et par l'apparition de nouvelles formes de garanties personnelles, dans les relations commerciales d'abord internationales, puis internes. Ainsi, l'essor du cautionnement mutuel leur donne un rôle nouveau en matière de garantie du financement des logements, fonction traditionnellement tenue par l'hypothèque. Plusieurs raisons expliquent ce phénomène. Pendant longtemps, il a existé une prédominance des sûretés réelles, du moins en matière civile, car elles apparaissaient comme le reflet de la solvabilité du débiteur. Mais avec la crise économique cette solvabilité est devenue insuffisante. D'une certaine façon, elles ont été victimes de leur succès, lorsque le législateur a sacrifié les créanciers qui en étaient munis, en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur. En outre, leur mise en œuvre pratique est parfois délicate. La procédure de saisie immobilière, même si elle a été réformée, mériterait encore d'être simplifiée sur certains points.

Le recours au cautionnement, puis à d'autres formes de garanties personnelles, s'analyse parfois en une fuite. Ce développement a été amplifié par l'augmentation du rôle des banques comme garantes. La confiance en leur solvabilité, malgré leur rémunération, a rejailli sur l'ensemble de ces sûretés. L'idée romaine de la confiance dans un débiteur se retrouve aujourd'hui également pour le garant. Il existe aussi un développement du mécanisme de l'assurance, comme l'assurance des salaires, les assurances crédit internes ou internationales ou l'assurance-vie¹, qui renforce notablement la position du créancier.

13. — Tous les moyens accentuant la sécurité de paiement des créanciers ne peuvent être considérés comme des sûretés, au sens technique de ce mot. Pourtant certains d'entre eux présentent des supériorités pratiques, notamment en cas d'ouverture

1. Hovasse-Banget, « La fonction de garantie de l'assurance-vie », *Defrénois*, 1998 81 et 510.

d'une procédure de redressement et de liquidation judiciaires ou d'une procédure de surendettement à l'encontre du débiteur.

Quelques exemples le démontrent. Selon l'article L. 511-7 alinéa 3 du Code de commerce, « la propriété de la provision est transmise aux porteurs successifs de la lettre de change ». Le porteur a un droit exclusif sur la somme dont le tiré sera redevable envers le tireur, au jour de l'échéance de la traite. Cette règle fait échapper cette somme au créancier du tireur, en affectant au porteur la créance future¹. Cette règle s'intègre dans la conception d'ensemble de la lettre de change dont elle est seulement une des composantes.

14. — Les sûretés négatives ont pour but de renforcer les prérogatives déjà existantes du créancier en imposant une abstention au débiteur soit à l'inverse en l'obligeant à faire quelque chose, par exemple, un débiteur peut s'engager à ne pas conférer à autrui une sûreté sans l'avoir au préalable proposée au créancier initial. On aboutit parfois à un gel des sûretés réelles qui ne présentent plus d'intérêt pour les créanciers ultérieurs². Mais assez souvent, le contrat de crédit comprend une clause d'inaliénabilité. Se pose alors la question de sa validité. Le législateur est uniquement intervenu pur les clauses d'inaliénabilité stipulées dans les donations. Selon l'article 900-1 du Code civil, « les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime ». On considère généralement que cette solution s'applique également aux clauses stipulées dans des contrats à titre onéreux. L'intérêt sérieux et légitime suppose qu'« il contrebalance les inconvénients habituels de l'inaliénabilité³ ».

Les sanctions en cas de non-respect de cette clause consistent dans la possibilité qu'a le créancier d'invoquer la déchéance du terme, prévu par l'article 1188 du Code civil et dans l'éventuelle responsabilité contractuelle du débiteur. Elle pose également une difficulté liée à ses effets à l'égard des tiers. Elle n'a pas pour conséquence de rendre insaisissable le bien qui en fait l'objet. Elle a surtout un intérêt en matière immobilière. Pour pouvoir être opposée à des tiers et notamment à un tiers acquéreur, cette clause doit faire l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques sur le fondement de l'article 28-2° du décret du 4 janvier 1955 qui impose la publication des restrictions au droit de disposer⁴.

Les sûretés négatives permettent également au créancier d'avoir un droit de regard sur le patrimoine de l'entreprise débitrice⁵. On se trouve en présence d'une forme d'obligation d'information de la part du débiteur pendant la durée du crédit octroyé. Elles ont un double but pour le créancier. Il aura la possibilité de prendre rapidement des mesures conservatoires, si le recouvrement de sa créance semble en péril. Il aura aussi la faculté d'essayer d'infléchir la gestion de l'entreprise. Ce type

1. Pour la qualification de sûretés, Roblot, *Les effets de commerce*, Sirey, 1^{re} éd., 1975, n° 190 ; *contra* Martin-Serf, « L'interprétation extensive des sûretés en droit commercial », *RTD com.*, 1980 678.

2. Chaput, « Les sûretés négatives », *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, 1974, p. 167 ; Vasseur, « Les garanties indirectes du banquier », dans *L'évolution du droit des sûretés*, *RJ com.*, février 1982 104 ; Merkel, « *Implications of negative pledge in international finance* », *Rev. dr. aff. internationales*, 1987 694.

3. Chaput, « Les sûretés négatives », précité.

4. Cass. 1^{re} civ., 8 février 2000, *Bull. civ.*, I, n° 43.

5. Guyon, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine de son débiteur considéré comme une sûreté », dans *L'évolution du droit des sûretés*, p. 121.

de sûretés est parfois difficile à concilier avec les exigences du secret des affaires. Le non-respect de cette clause sera sanctionné par les règles de la responsabilité contractuelle, voire par une déchéance du terme.

15. — On pourrait enfin citer les actions directes¹. D'origines légales, elles permettent à certains créanciers de demander le paiement de leurs créanciers aux débiteurs de leurs débiteurs. Elles confèrent à leur titulaire un quasi-privilège de premier rang. Certains voient en elles des sûretés, car « elle correspond aux critères de cette notion. Accessoire de la créance du bénéficiaire, elle a pour finalité exclusive de lui (le créancier) ménager un paiement préférentiel et ceci par la technique de l'affectation² ».

IV. Définition

16. — La question se pose alors de savoir s'il faut différencier les notions de garantie et de sûreté. Pour certains, une conception large s'impose en raison de l'éclatement du droit des sûretés³. Elle présente l'avantage de correspondre à une réalité économique, importante en la matière, en tenant compte du résultat final. Mais elle conduit à englober dans la catégorie des sûretés de trop nombreuses institutions comme la compensation, l'ordre de prélèvement. On pourrait également citer la domiciliation des comptes bancaires. Il est préférable au plan juridique de s'en tenir à une conception stricte, tout en étant conscient de ses faiblesses et de l'importance pratique de ces autres procédés de garantie. Le Code civil n'en donne aucune définition. Il se contente d'en utiliser dans ses articles 1188 et 1752 ou énumère certaines sûretés comme l'article 2314. La jurisprudence, quant à elle, statue au cas par cas. Elle considère de manière constante que le droit de gage général de l'article 2285 du Code civil ne constitue pas une sûreté⁴. L'intérêt de cette distinction concerne essentiellement des questions de pouvoirs et de bénéfice de cessions d'actions.

En doctrine, certains parlent de « l'introuvable notion de sûreté⁵ » ; d'autres relèvent certains traits communs : le caractère annexe, l'affectation à une créance et l'objectif de satisfaction du créancier⁶ ; d'autres enfin les définissent comme « tous les procédés, tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions⁷ ».

17. — La difficulté tient à la diversité des situations recouvertes par cette notion, tant par les techniques utilisées que par les sources qui sont conventionnelles, légales ou judiciaires. On peut définir les sûretés comme l'affectation de la valeur d'un bien ou du patrimoine d'un tiers à la satisfaction d'un créancier⁸. À partir du moment où une institution n'aura pas cette fonction unique d'affectation, la qualification de sûreté devra être écartée au profit de celle plus large de garantie. La technique l'emporte, faisant du résultat final une simple conséquence.

1. Cozian, *L'action directe*, LGDJ, 1969 ; Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991.

2. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, n° 622.

3. Chartier, « Rapport de synthèse », dans *L'évolution du droit des sûretés*, précité, p. 150.

4. Cass. civ., 10 mai 1881, *DP*, 1882 I 201.

5. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, n° 2.

6. Marty et Raynaud, par Jestaz, *Les sûretés la publicité foncière*, n° 2.

7. Simler et Delebecque, *Les sûretés la publicité foncière*, n° 20.

8. V. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n° 282.

À partir de cette définition volontairement relativement peu précise, on peut se demander s'il n'existe pas des règles de base applicables à l'ensemble des sûretés, l'équivalent d'un régime primaire impératif¹. Une tentative en ce sens a été faite pour les sûretés réelles². Pendant longtemps, le dénominateur commun a été le caractère accessoire des sûretés. On a pendant longtemps considéré qu'une garantie ne pouvait naître, vivre et s'éteindre que dans la dépendance de l'obligation couverte. Or depuis plusieurs années, on a assisté à l'apparition de garanties non accessoires, dont la garantie à première demande est le meilleur exemple. On retrouve également un infléchissement marqué de ce caractère pour les sûretés fondées sur la propriété. Actuellement, il semble difficile de trouver des points communs. La raison tient autant à la diversité des sûretés qui ne cessent de se multiplier qu'à une absence de politique cohérente d'ensemble.

V. L'évolution du droit des sûretés

18. — Le droit des sûretés apparaît comme un droit en bouleversement, à la recherche d'un équilibre, pas encore trouvé, entre la protection du garant et la sauvegarde des intérêts du créancier³. Il ne donne pas toujours suffisamment confiance aux créanciers, ces derniers sont enclins à rechercher des sûretés parfois excessives par rapport au montant du crédit octroyé, entraînant un certain gel du crédit. Le juge intervient de plus en plus fréquemment, lorsqu'il considère que le créancier a abusé de sa qualité⁴. Certains préconisent l'adoption d'un « recours en réduction des sûretés manifestement disproportionnées » qui serait exercé devant les juges du fond⁵. Outre le fait que cette solution fragiliserait encore plus les sûretés, elle paraît peu utile pratiquement, dans la mesure où le droit des voies d'exécution impose une règle de proportion dans l'exercice des mesures d'exécution.

Malgré tout le législateur multiplie les hypothèses où des créanciers sont sanctionnés pour avoir demandé des garanties disproportionnées. L'une des dernières hypothèses en la matière est due à la réforme du droit de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation judiciaire. L'article L. 650-1 du Code de commerce dispose que « 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 ». La loi a espéré rassurer les milieux bancaires pour les inciter à soutenir l'entreprise en difficultés. Le deuxième alinéa de cette disposition ajoute que si la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en

1. Jobard-Bachelier, Bourassin et Brémond, *Droit des sûretés*, n° 38 et s.

2. Mestre, Putman et Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*.

3. V. Crocq, « L'évolution des garanties de paiement ; de la diversité à l'unité », *Mélanges Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 317.

4. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000 ; Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *Mélanges Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291 ; Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », dans *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?*, LPA, 30 septembre 1998 38 ; Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *Mélanges Terré*, Dalloz-Litec, 2003, p. 603.

5. Mestre, Putman et Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, n° 206.

contrepartie de ses concours sont nulles¹. Le plus souvent, les sûretés sont octroyées par le dirigeant ou le principal associé. Le législateur n'a pas voulu qu'ils soient tenus d'une quelconque façon pour un crédit qui était dès l'origine inutile et dont le créancier connaissait ce caractère.

19. — Il ne faut pas toutefois perdre de vue qu'une sûreté est mise en œuvre par un créancier en raison d'un défaut de paiement du débiteur, et que le non-paiement du créancier peut l'entraîner à ne plus payer ses propres créanciers et ainsi de suite. Ce phénomène concerne aussi bien les sûretés personnelles que les sûretés réelles. Certaines raisons semblent liées à la notion de sûretés, alors que d'autres sont plus spécifiques à chacune de ces catégories.

Les raisons générales tiennent principalement à l'existence de nombreuses lois qui limitent le jeu normal des sûretés. Le législateur, pour des raisons politiques, favorise une catégorie juridique au détriment des autres. Par exemple, dans le droit de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation judiciaires, il a cherché à sauver l'entreprise et ainsi l'emploi. Les créanciers en ont été les premières victimes, leurs intérêts étant passés à un rang inférieur, même si la loi du 26 juillet 2005 redonne une certaine importance aux créanciers. Mais dans le même temps, elle diminue l'efficacité de certaines garanties, lorsqu'elles sont octroyées par le chef d'entreprise, dans le but de l'inciter à déclarer rapidement les difficultés de son entreprise.

Dans le droit du surendettement des particuliers, il a voulu limiter l'endettement du débiteur, ce qui passe nécessairement par la réduction, voire parfois par la suppression, de sa dette, et donc par la diminution des prérogatives du créancier. On s'aperçoit que les sûretés perdent alors leur efficacité au moment où elles deviennent véritablement utiles, c'est-à-dire lors de la constatation de l'insolvabilité du débiteur. L'établissement d'une procédure de rétablissement personnel pour les consommateurs par la loi du 1^{er} août 2003 démontre cette extension du rôle des procédures collectives.

20. — Le droit des sûretés y perd toute cohérence et toute prévisibilité. On assiste à la création de droits spéciaux des sûretés qui viennent se superposer à un droit général des sûretés. Ces droits spéciaux infléchissent tant les conditions de formation des sûretés que leurs effets.

Lors de la formation, deux traits apparaissent assez spécifiques, le recours au formalisme et l'exclusion des garanties jugées excessives, qui remettent directement en cause certains principes classiques. Ainsi le Code civil a fait du cautionnement un contrat consensuel. Pourtant, le législateur l'a transformé, à plusieurs reprises, en un contrat formaliste, notamment lorsqu'il est souscrit par un particulier pour garantir un crédit à la consommation ou un crédit immobilier ou même désormais lorsqu'il est contracté par une personne physique envers un créancier professionnel. On peut se demander si aujourd'hui le principe n'est pas inversé : le formalisme devient la règle, le consensualisme l'exception.

1. Hoang, « La suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.*, 2006 1458 ; Legeais, « Les concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP, éd. E.*, 2005 1747 ; Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D.*, 2006 1743 ; Piette, « Une nouvelle proportionnalité dans les sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC*, juin 2006 27 ; Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un « cadeau empoisonné » », *D.*, 2006 69.

Le législateur cherche également à éviter une prolifération des garanties, pour lutter contre la tendance de certains créanciers à se prémunir par plusieurs sûretés différentes afin d'utiliser le moment venu la plus adaptée à la situation économique finale du débiteur¹. Le phénomène de l'abus de sûretés n'est pas en soi nouveau². Son développement textuel l'est plus. Il est, à tout le moins, le reflet d'un malaise.

L'article 47-I de la loi du 11 février 1994 relative à l'entreprise individuelle prévoit une affectation prioritaire des biens nécessaires à l'entreprise pour former des sûretés. D'autres pourront être constituées en cas d'insuffisance des biens professionnels à la couverture des dettes de l'entreprise individuelle. Le législateur a voulu éviter que les créanciers contournent l'écran créé par la personnalité morale et recherchent systématiquement l'engagement de la personne physique³. Le législateur a permis aux entrepreneurs individuels de soustraire au droit de gage de leurs créanciers leur résidence principale.

21. — Lors de la mise en œuvre des sûretés, le législateur intervient également fréquemment pour modifier leurs conséquences normales. Le droit de la sauvegarde des entreprises, droit en perpétuelle extension puisqu'il ne touche plus uniquement les commerçants mais également les personnes morales de droit privé, les artisans, les agriculteurs et les personnes physiques pour les dettes non professionnelles, sacrifie actuellement certains créanciers, notamment par l'affaiblissement des sûretés, principalement celles réelles. La protection d'un intérêt autre débouche sur des remises de dettes, des délais de paiement et sur des liquidations trop tardives qui conduisent le créancier à ne recevoir, dans le meilleur des cas, qu'un paiement partiel. L'intérêt d'une sûreté ne dépend pas intégralement de son efficacité propre due à sa réglementation, elle est largement tributaire de la qualité du débiteur couvert.

22. — Des raisons spécifiques existent également pour chacune des grandes catégories de sûretés qui expliquent l'absence de confiance du créancier.

Pour les sûretés personnelles, cela tient en partie à leur nature juridique. Le créancier demeurera un créancier chirographaire de deux ou plusieurs débiteurs. Le garant doit bénéficier d'une certaine solvabilité de nature à inspirer la confiance. Victimes du succès récent remporté par le cautionnement, elles ont fait l'objet d'abus, peut-être moins nombreux que l'on veut bien le dire. Le développement des règles jurisprudentielles et législatives protectrices, sans doute pas toujours justifiées juridiquement, a fragilisé le cautionnement en y faisant entrer un facteur supplémentaire d'insécurité.

Certains créanciers se sont tournés vers les sûretés personnelles non accessoires, principalement vers la garantie à première demande. Si cette dernière est appropriée pour garantir les opérations du commerce international ou certaines opérations commerciales internes, dans lequel un banquier est garant, elle l'est moins lorsqu'un particulier devient garant, ce qu'ont d'ailleurs rapidement compris les établissements de crédit. Les créanciers cherchent à contourner certains aspects jugés par eux trop

1. Cass. com., 14 juin 1994, *Defrénois*, 1995.96, note Piedelièvre.

2. Cf. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *Mélanges Raynaud*, Dalloz, p. 439.

3. V. A. Piedelièvre, « Remarques sur l'infléchissement de la personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.*, 1982 1 doct. 85.

protecteurs des intérêts de la caution ou du débiteur. La surprotection finit toujours par tuer la protection.

23. — Pour les sûretés réelles, les raisons spécifiques sont plus nombreuses et plus marquées. Il est impossible de toutes les répertorier. Pourtant leur nombre semble être limitatif, sous réserve de certains aménagements par la volonté des parties, et ce même si la liste des droits réels n'est pas limitative¹. On ignore parfois si certains privilèges ont été ou non abrogés par un texte. Un créancier muni d'une sûreté réelle sur un bien déterminé n'a jamais la certitude qu'un autre créancier muni d'une autre sûreté n'ait pas une meilleure cause de préférence.

Ensuite, le système de publicité, important pour l'efficacité des sûretés réelles, n'est pas unifié pour de nombreuses garanties mobilières. Il n'existe pas de service central pouvant renseigner un créancier sur les sûretés déjà consenties par le débiteur. De même, la solvabilité apparente de ce dernier devient de plus en plus trompeuse, en raison du développement de la clause de réserve de propriété dont on ne peut pas toujours connaître l'existence.

Le décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière a pourtant généralisé la publication des sûretés immobilières. Mais les privilèges généraux conservent un caractère occulte. De même, la loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat a créé un privilège immobilier occulte au profit du syndicat des copropriétaires.

Le phénomène est plus accentué pour les sûretés mobilières, même s'il existe désormais un gage sans dépossession soumis à publicité. Pendant longtemps, l'absence de publicité n'a pas été un handicap. Mais avec le développement des sûretés mobilières sans dépossession, et compte tenu du rôle de l'article 2279 du Code civil pour les meubles corporels, les droits du créancier se sont fragilisés. Son droit de suite est paralysé en cas d'acquisition du bien grevé par un tiers de bonne foi. Son droit de préférence risque d'entrer en concurrence avec ceux d'autres créanciers.

24. — Enfin, on assiste à une inutile multiplication des sûretés. Certains créanciers deviennent titulaires de plusieurs sûretés, comme le montre la loi du 21 juillet 1994. Désormais le syndicat des copropriétaires bénéficie de deux sûretés immobilières grevant le même bien : un privilège immobilier très intéressant et une hypothèque légale ayant perdu son attrait. Il aurait été plus simple d'améliorer le droit de préférence de l'hypothèque. Il en va de même pour les salariés à qui l'on a accordé un privilège et un superprivilège.

Certains biens sont parfois grevés par plusieurs sûretés, ainsi l'outillage et le matériel d'équipement sont compris dans le nantissement du fonds de commerce et font l'objet d'un nantissement spécifique. Le législateur a dû résoudre les inévitables conflits. Il l'a effectué en tranchant en faveur du dernier arrivé. Dès qu'il crée une nouvelle garantie, il lui donne un droit de préférence fort, car elle répond à une nécessité économique du moment. Or cette attribution, par onde de choc, sacrifie d'autres créanciers.

Les sûretés sont en tout état de cause indispensables pour garantir les opérations de crédit. Même si les prérogatives des créanciers qui en sont munies diminuent, elles augmentent notablement leurs chances de paiement, surtout si on les compare

1. Req., 13 février 1834, *DP.*, 1834 I 218.

à celles d'un créancier chirographaire. Ce droit manque d'efficacité et de cohérence, malgré la réforme du droit des sûretés.

VI. La réforme des sûretés

25. — L'ordonnance n° 2006-343 du 23 mars 2006, qui a profité de l'important apport du groupe de travail présidé par M. Grimaldi, a partiellement modifié le droit des sûretés¹. Était-il opportun de légiférer en cette matière ? Selon le garde des Sceaux, ce droit était dans une large mesure issu du Code civil de 1804. Il devenait donc, selon lui, urgent de réformer la matière afin de doter notre système juridique d'un droit des sûretés cohérent, moderne et efficace. Elle est pourtant décevante, parce qu'elle n'est qu'une reconstruction partielle et parce que certaines des orientations sont discutables. La réforme est partielle à deux points de vue.

Elle se limite aux sûretés réelles et elle laisse de côté le droit des sûretés personnelles². Pourtant, le groupe de travail présidé par M. Grimaldi avait proposé une refonte de cette matière qui avait le mérite de redonner une cohérence à une matière qui n'en a plus³. Depuis quelques années, les interventions législatives ponctuelles et répétées se multiplient. Elles prennent une telle importance que l'on peut se demander si l'on n'assiste pas à la naissance de droits spéciaux du cautionnement, le droit commun du cautionnement du Code ne s'appliquant qu'à défaut de dispositions spéciales contraires. Si une l'on devait établir un ordre de priorité, il est certain que le besoin d'une refonte se faisait plus sentir pour les sûretés personnelles que pour les sûretés réelles⁴.

La réforme est essentiellement une réforme de droit civil, même si d'autres codes sont modifiés et même si le nouveau gage des stocks concerne le droit commercial. Le droit des sûretés est tributaire de nombreuses autres matières et notamment du droit de la consommation, du droit des procédures collectives, qu'il s'agisse de la sauvegarde des entreprises, du surendettement ou du rétablissement personnel ou du droit des voies d'exécution. Or selon le nouvel article 2287 du Code civil, « 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 ». On risque d'aboutir à ce que nombre de dispositions soient écartées ou tout du moins infléchi au moment où l'insolvabilité du débiteur est avérée de manière indiscutable. Une véritable réforme du droit des sûretés aurait dû intégrer et tenir compte de ces procédures.

1. Picod et Crocq (sous la dir. de), « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », *Dr. et procédures*, 2006 ; Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », *Mélanges Simler*, p. 367 ; Piedelièvre, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Defrénois*, 2006 791 ; Simler, « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP*, 2006 I 124.

2. Legeais, « Une symphonie inachevée », *RD bancaire*, mai-juin 2006 67.

3. Delebecq, « Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ com.*, 2004 p. 227 ; Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles », *Ouvrage du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2004 p. 373.

4. Pour une proposition de reconstruction du droit des sûretés personnelles Bourassin, *L'efficacité des sûretés personnelles*, LGDJ, 2006.

26. — Cet éclatement par matière aboutit parfois à multiplier les réglementations pour des sûretés identiques ou voisines, ce qui nuit à l'unité, à la cohérence et à une bonne appréhension de la matière. Le droit des sûretés réelles en fournit de parfaites illustrations. Les nouvelles dispositions du Code civil comprennent des dispositions sur le nantissement de créances. Mais il en existe également dans le Code monétaire et financier avec les règles sur le nantissement des créances professionnelles. Par exemple, le nouveau gage sans dépossession laisse subsister le nantissement sur le matériel et l'outillage.

Mais le défaut majeur de notre législation actuel résulte d'une trop forte compartimentation de matières qui intéressent pourtant le droit des sûretés. En l'espace de quelques mois, on a réformé le droit de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation des entreprises, une partie du droit des sûretés et la saisie immobilière de manière isolée et indépendant, sans faire de véritables passerelles entre elles. Il en résulte nécessairement certaines incohérences.

L'étude des sûretés personnelles précédera celle des sûretés réelles.

Première partie : Les sûretés personnelles.

Deuxième partie : Les sûretés réelles.

Bibliographie

Albiges et Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Dalloz, 2007 ; Ancel, *Droit des sûretés*, Litec, 4^e éd., 2006 ; Aynès et Delebecque (sous la dir. de), *Droit des sûretés*, Lamy, 2006 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd., 2007 ; Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981 ; Devèze, Couret et Hirigoyen (sous la dir. de), *Droit du financement*, Lamy, 2008 ; Farge, *Les sûretés*, PUG, 2007 ; François, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004 ; Jobard-Bachelier, Bourassin et Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007 ; Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 5^e éd., 2006 ; Malaurie et Aynès, par Aynès et Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 2^e éd., 2006 ; Mazeaud, Chabas, par Picod, *Sûretés et publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd., 1999 ; Mestre, Putman et Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996 ; *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996 ; Mignot, *Droit des sûretés*, Montchrestien 2007 ; Piette, *Droit des sûretés : sûretés personnelles, sûretés réelles*, Gualino, 2^e éd., 2007 ; Planiol et Ripert par Becqué, *Traité pratique de droit civil*, t. 12 et 13, LGDJ, 2^e éd., 1953 ; Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 4^e éd., 2008 ; Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd., 2000 ; Simler et Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2004 ; Théry, *Sûretés publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998.

Picod et Crocq (sous la dir. de), « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », *Dr. et procédures*, 2006 ; Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », *Mélanges Simler*, p. 367 ; Piedelièvre, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Defrénois*, 2006 791 ; Simler, « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP*, 2006 I 124.

27. — La sûreté personnelle consiste dans l'engagement d'un ou de plusieurs tiers à la dette de payer le créancier au lieu et place du débiteur défaillant ou présumé tel. Le créancier conjure le risque d'insolvabilité en le répartissant sur plusieurs patrimoines. Il obtient au minimum deux débiteurs au lieu d'un, tout en restant créancier chirographaire dans le patrimoine de chacun d'eux. Les risques d'insolvabilité lors de l'exigibilité de la dette diminuent avec la multiplicité des droits de gage général. De cette définition, deux conditions se dégagent pour que l'on soit en présence d'une sûreté personnelle. D'une part, il doit exister une adjonction d'un droit de créance au profit du créancier contre le garant et, d'autre part, en s'engageant le garant ne doit pas exécuter une obligation qui trouve sa contrepartie en dehors de l'opération.

L'article 2287-1 du Code civil dispose que « les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ». Elles ont été les grandes oubliées de la réforme du droit des sûretés¹. L'ordonnance du 23 mars 2006 opère seulement un glissement de texte. Les articles 2011 et suivants du Code civil deviennent les articles 2288 et suivants. La seule innovation en la matière tient à la définition de la garantie à première demande et de la lettre de confort.

28. — La sûreté réelle a été longtemps préférée, car elle confère au créancier un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens du débiteur, ou plus rarement d'un tiers, comportant un droit de suite et un droit de préférence. Pour certains auteurs, la sûreté personnelle, étendant le droit de gage général du créancier sur les biens de son débiteur à celui ou à ceux d'une ou plusieurs personnes supplémentaires, présentait une infériorité porteuse d'un déclin inéluctable par rapport aux sûretés réelles².

Historiquement, cette affirmation était, sans doute, excessive, car le cautionnement et la solidarité ont toujours joué un rôle important en matière commerciale³.

1. Houtcieff, « Les sûretés personnelles », *JCP*, supplément au n° 20 17 mai 2006 ; Rontchevsky, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D.*, 2006 1303.
2. « Le cautionnement, étant une sûreté personnelle, a pour seul effet d'ajouter au droit de gage général sur les biens d'une ou plusieurs personnes supplémentaires. On comprend que le cautionnement ait joué un très grand rôle avant que n'apparaissent des sûretés réelles efficaces grâce à la publicité. Celle-ci, dans le système français, est loin d'être parfaite, mais sa fiabilité est suffisamment établie pour permettre aux sûretés réelles de supplanter des garanties reposant totalement sur la confiance qu'éprouve le créancier vis-à-vis d'une ou plusieurs personnes qui, au moment de l'échéance du prêt, s'avéreront peut-être insolubles... On ne comprend vraiment l'utilisation du cautionnement que dans le cadre de services que l'on se rend entre amis ou membres d'une même famille » Tendler, « Le cautionnement, reine éphémère des sûretés ? », *D.*, 1981 129.
3. « Loin de s'étioler, à l'époque contemporaine, dans le monde du négoce, le cautionnement et la solidarité, plus proche encore qu'en matière civile, par les ressources de crédit qu'ils procurent au droit commercial, y supportent allègrement la concurrence des sûretés réelles et y réalisent d'importantes conquêtes. Si le crédit réel a accompli, de son côté, de singuliers progrès, notamment sous la forme du crédit mobilier, il n'empêche que le crédit personnel s'adapte parfois mieux aux impératifs de rapidité et de crédit qui animent le droit

Elle ne correspond plus à la réalité actuelle. Le recours aux sûretés personnelles, en étendant le droit de gage général du créancier à d'autres personnes présumées solvables, leur permet d'éviter les conséquences de l'insolvabilité éventuelle d'un débiteur unique. Ainsi, les établissements bancaires, en contrepartie des avances faites aux entreprises, recourent de moins en moins souvent aux sûretés réelles et préfèrent exiger un cautionnement du chef d'entreprise¹. En matière de garanties des crédits immobiliers, le cautionnement mutuel est désormais plus usité que les sûretés immobilières. L'abondance du contentieux, en cette matière, dément tout prétendu déclin et démontre, au contraire, son essor et sa vitalité actuelle.

Le développement du crédit aux particuliers, la crise économique et l'augmentation du nombre de créances impayées ont amené les créanciers à exiger de leur débiteur non plus une, mais plusieurs sûretés, si possible de nature différente. Désormais les droits réels accessoires accordés sur un ou plusieurs biens du débiteur n'ont plus parfois qu'une efficacité limitée. Le droit des entreprises en difficultés, malgré quelques modifications législatives récentes, témoigne de cet affaiblissement.

Le rôle des sûretés personnelles était cependant limité par l'existence d'une seule sûreté personnelle, le cautionnement, prévue et réglementée par le Code civil. Il était certes admis que d'autres institutions, issues du droit des obligations la solidarité passive, pouvait jouer ce rôle². Mais, on considérait qu'elles jouaient un rôle indirect de sûreté³. Or le recours à une sûreté personnelle unique, le cautionnement, et éventuellement à des sûretés personnelles dites indirectes est devenu rapidement insuffisant, car il ne présentait ni suffisamment de souplesse ni suffisamment de diversité. Ce phénomène a peut-être été accentué par le développement de la protection de la caution qui a affaibli cette garantie.

29. — L'apparition et le développement de garanties économiques ne sont pas un phénomène nouveau. L'histoire nous offre des exemples similaires. Ainsi, à Rome à la fin de la République et au début de l'empire, le développement du commerce a augmenté les besoins du crédit. Comme le cautionnement de type classique se révélait insuffisant, car il était devenu peu contraignant pour la caution, la pratique à côté de ce cautionnement classique, une nouvelle forme de cautionnement plus contraignante, donc plus adaptée aux besoins du commerce, la *fidejussio*⁴.

commercial » Terré, « Les sûretés personnelles en France », dans *Les sûretés personnelles en France*, Recueil de la société Jean BODIN, t. XXX, p. 102.

1. « On assiste donc incontestablement, en la matière, à un dépassement de la notion même de cautionnement. De l'idée de service rendu, d'engagement unilatéral et accessoire, on en arrive à une véritable opération économique de crédit où l'obligation de la caution, bien loin d'être annexe et de pure bienfaisance conditionnelle l'existence même du crédit accordable. Et, incontestablement, dans la même orientation, on en arrive à une mise sous boisseau de l'être moral puisqu'en fait, celui-ci est négligé, le débiteur principal réel étant en fait le dirigeant ou l'associé pris en tant que caution ». A. Piedelièvre, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.*, 1982 1 doct. 85.
2. Par exemple Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., n° 139 bis pour qui « elle (la solidarité passive) donne au créancier plusieurs débiteurs au lieu d'un, et, multipliant les chances qu'il a d'être payé, joue pour lui le rôle d'une sûreté personnelle, proche du cautionnement ». Cet auteur ajoute que « rationnellement la matière relève du droit du crédit et devrait être étudiée en parallèle avec le cautionnement ».
3. Par exemple Flour, *Les sûretés la publicité foncière*, *Les cours du droit* 1965-1966, p. 43 et s. indiquant qu'« à proprement dit parler... il n'existe qu'une sûreté personnelle, le cautionnement. Mais, pour un créancier qui a en face de lui plusieurs débiteurs, la solidarité passive et l'indivisibilité, jouent indirectement le rôle de sûretés, car elles accroissent, et fort notablement, ses chances de paiement ».
4. Sur cet exemple historique, par exemple Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979, n° 8.

Un phénomène identique se produit depuis quelques années, pour les relations commerciales internationales, puisque ces nouvelles formes de garantie sont employées, quasi exclusivement dans ces relations et ne le sont que plus rarement dans les relations internes. Actuellement, les relations internes utilisent quasi exclusivement le cautionnement. Son caractère accessoire présente moins d'inconvénients que pour les opérations commerciales internationales. La pratique internationale a alors imaginé de nouvelles formes de garantie qui ont permis un phénomène de diversification des sûretés personnelles où seule compte l'efficacité pratique. En tout état de cause, ce sont des sûretés réservées aux professionnels¹.

30. — Pour toutes ces raisons, se sont développées les techniques de garanties, a priori plus adaptées, d'application simple et de constitution peu formaliste que sont la garantie à première demande et la lettre de confort. Au-delà des divergences profondes qui existent entre ces deux formes de garanties, puisque l'une s'analyse en une obligation de payer et l'autre en une obligation de faire ou de ne pas faire que l'une est réputée forte alors que l'autre est réputée faible, on peut remarquer qu'elles procèdent, pour arriver à des résultats opposés, d'une même philosophie : elles veulent garantir une obligation commerciale tout en restant étrangères à cette opération.

La pratique a ainsi su tirer parti du principe de la liberté contractuelle qui existe en droit des sûretés. La garantie et la lettre de confort ont été reçues dans notre ordre juridique au nom de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil². Ces garanties sont souvent régies par leur propre stipulation. Malgré tout, il existe une tendance à s'interroger sur l'application d'une règle prévue pour le cautionnement à ces autres formes de garanties.

Ce mouvement de développement des sûretés personnelles a d'abord profité au cautionnement, seule véritable sûreté personnelle prévue et réglementée par le Code civil (Titre premier). Il se caractérise par le principe de l'accessoire, en application duquel la caution peut opposer au créancier tous les moyens de défense dont dispose le débiteur contre ce dernier. Cette sûreté a longtemps joué un rôle de modèle pour les garanties personnelles, dans la mesure où elle a fait l'objet d'une réglementation d'ensemble. L'étude des autres sûretés se faisait souvent par comparaison avec le cautionnement. Compte tenu du besoin croissant de sûretés on a assisté à l'apparition ou au développement de nouvelles techniques de garantie qui, d'abord limitées aux opérations du commerce international, se sont peu à peu étendues dans les relations internes (Titre deuxième).

1. Théry, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et patrimoine*, avril 2001 51.

2. En ce sens Mignot, *Droit des sûretés*, n° 35.

Bibliographie

François, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004 ; Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd., 2000.

Houtcieff, « Les sûretés personnelles », *JCP*, supplément au n° 20, 17 mai 2006 ; Rontchevsky, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D.*, 2006 1303 ; Terré, « Les sûretés personnelles en France », dans *Les sûretés personnelles en France*, Recueil de la société Jean BODIN, t. XXX, p. 102.